

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

FELIPE BITTENCOURT DE SOUZA

CAUSALIDADE ALTERNATIVA: APLICAÇÃO E PERSPECTIVAS À LUZ DO
DIREITO COMPARADO

Florianópolis

2015

FELIPE BITTENCOURT DE SOUZA

**CAUSALIDADE ALTERNATIVA: APLICAÇÃO E PERSPECTIVAS À LUZ DO
DIREITO COMPARADO**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal
de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharel em Direito.**

Orientador: Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva

Florianópolis

2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Causalidade alternativa: Aplicação e perspectiva à luz do direito comparado**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Felipe Bittencourt de Souza**, defendido em **07/07/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 7 de Julho de 2015



Rafael Peteffi da Silva

Professor(a) Orientador(a)



José Isaac Pilati

Membro de Banca



Marco Aurelio Morosini

Membro de Banca

Aos meus pais, minha irmã e a Hanna, pelas
felicidades compartilhadas com que fui presenteado.

Aos meus colegas de curso, por todo o
companheirismo durante esta jornada.

RESUMO

A presente monografia pretende contribuir para a discussão a respeito da aplicação do instituto da causalidade alternativa no ordenamento jurídico brasileiro. Questões relevantes como a identificação do grupo que formará o conjunto de indivíduos a ser responsabilizados através da inversão do ônus probatório do nexo causal são recorrentes na análise da aplicação do instituto. Para auxiliar na análise e identificação do instituto buscar-se-á auxílio em ordenamentos estrangeiros, visando que a análise do processo construtivo na doutrina e jurisprudência em outros países possa contribuir para a discussão. Para este fim, o estudo divide-se em três partes: a primeira parte dedica-se a partir do conceito de nexo de causalidade, passando pelas teorias do nexo causalidade, as hipóteses de concausas, e só então definir o conceito de causalidade alternativa. Já o segundo capítulo, por sua vez, analisa a construção da causalidade alternativa nos ordenamentos francês, alemão, espanhol e português. Por fim, a terceira parte aborda os casos clássicos presentes na jurisprudência brasileira e a aplicação em julgados recentes.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Nexo de Causalidade. Causalidade Alternativa. Direito Comparado.

ABSTRACT

This study aims at contributing to the discussion regarding the application of the institute of alternative causation in the Brazilian legal system. Relevant issues such as the identification of the group that will form the set of individuals to be held accountable by reversing the evidential burden of causation are recurrent in the analysis of the institute's application. To assist in the analysis and identification of the institute aid will be sought in foreign jurisdictions, seeking the analysis of the evolutionary process in the doctrine and jurisprudence in other countries which can contribute to the discussion. Hence, the study is divided into three parts: the first part is dedicated to the concept of causation, through the theories of causation, the multiple causation, and only then define the concept of alternative causation. The second chapter, in its turn, analyzes the evolutionary process of alternative causation in the French, German, Spanish and Portuguese Law Systems. Finally, the third part deals with the classic cases in Brazilian jurisprudence and application in recent cases.

Keywords: Tort Law. Causation. Alternative Causation. Comparative Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. O INSTITUTO DA CAUSALIDADE ALTERNATIVA	10
1.1 Nexo de causalidade.....	10
1.2 Teorias do nexo causal.....	12
1.3 Hipóteses de causalidade concorrente.....	18
1.4 Causalidade Alternativa	22
2. APLICAÇÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO	31
2.1 Direito Francês	31
2.2 Direito Alemão.....	35
2.3 Direito Espanhol	39
2.4 Direito Português	42
3. APLICAÇÃO NO DIREITO PÁTRIO	46
3.1 Caso dos pinheiros	46
3.2 Caso dos caçadores	48
3.3 Caso dos torcedores	50
3.4 Novos casos	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

A presente monografia insere-se no âmbito da Responsabilidade Civil, eis que trata do nexo de causalidade, especificamente da causalidade alternativa com uma perspectiva do direito comparado.

O método científico utilizado foi o dedutivo, uma vez que se parte de uma conceituação teórica da doutrina sobre causalidade alternativa e sua consequente aplicação jurisprudencial, gerando premissas para então questioná-las sob a luz do que se consolidou no direito estrangeiro. O método consistiu na realização de pesquisa bibliográfica e análise de julgados.

A atualidade do tema se depreende da cada vez mais constante utilização do instituto nos julgados pátrios. Ademais, a falta de clareza nos critérios de aplicação e o relativo silêncio doutrinário a respeito do tema demonstram sua importância. Desta forma, a tentativa de determinação das nuances da causalidade alternativa se mostra imperiosa. A falta de referência expressa nas codificações brasileiras acaba por gerar um vácuo que merece ser discutido, as evoluções da interpretação da responsabilidade civil no direito moderno demanda atenção. A comparação com sistemas, como o alemão, que escolheram tomar o caminho da positivação da teoria, faz-se indispensável.

Desta forma, busca-se aqui demarcar os limites do instituto, visualizar sua aplicação aos casos concretos, bem como analisar a fundamentação e requisitos elencados como indispensáveis pela doutrina. Para alcançar tais objetivos, o trabalho será abordado em três capítulos.

O primeiro destes capítulos vai traçar o caminho teórico das teorias maiores, até o instituto específico, para facilitar a compreensão da causalidade alternativa. Assim, trazem-se as conceituações do nexo de causalidade elencadas pela doutrina pátria. Após, observar-se-ão as diversas fórmulas que visam definir os critérios de definição do nexo causal, as chamadas teorias do nexo de causalidade. Continuando o caminho para a compreensão do instituto, trata-se das hipóteses de concausas, onde mais de uma ação tem efeitos sobre o resultado prático que gera a lesão. Por fim, abordam-se as definições de causalidade alternativa trazidas pela doutrina, visando definir as situações e requisitos que são destacados no direito brasileiro.

No segundo capítulo o foco do estudo se volta para os ordenamentos estrangeiros. Analisam-se os ordenamentos da França, Alemanha, Espanha e Portugal. Tais escolhas deram-se pela relativa proximidade e forte influência dos sistemas jurídicos europeus no direito brasileiro. Busca-se, com isso, traçar os rumos que foram tomados por outras nações, para auxiliar na composição de possíveis falhas e acertos na interpretação dada tanto pela doutrina como pelos magistrados brasileiros.

No terceiro e último capítulo o foco do estudo volta para o Brasil, visando à análise de julgados clássicos na aplicação da teoria da causalidade alternativa, bem como outros casos esparsos que acabaram por surgir nos últimos anos. Assim, delimitar-se-á a situação atual da aplicação do presente instituto, bem como seus requisitos e consequências.

1. O INSTITUTO DA CAUSALIDADE ALTERNATIVA

1.1 Nexo de causalidade

Primeiramente, antes de adentrarmos na definição da causalidade alternativa, faz-se necessária a apresentação de conceitos básicos acerca da responsabilidade civil, começando com a própria definição de responsabilidade civil trazida por Noronha:

poderíamos dizer que esta é a obrigação de reparar os danos antijurídicos que sejam resultantes da violação, ainda que muitas vezes não culposa (e neste sentido não ilícita, mas que sempre se poderá dizer antijurídica, do dever geral de *neminem laedere* (não lesar ninguém) ou, como também se diz, de *alterum non laedere* (não lesar outrem). Ela tem por finalidade tutelar o interesse de cada pessoa na preservação da sua esfera jurídica, através da reparação dos danos causados por outrem.¹

Quando tais deveres não forem observados, o dano causado pelo ato ilícito enseja um rompimento com o equilíbrio econômico e jurídico outrora existente entre os envolvidos, surgindo então uma necessidade de se restabelecer este equilíbrio, visando por o lesado no *status quo ante*. Nesta reposição do prejudicado, prevalece o princípio da reparação integral, que visa aproximar o máximo possível a vítima ao estado anterior a lesão ocorrida.²

A responsabilidade civil subjetiva, conforme apresentada pela doutrina francesa, possui como pressupostos três elementos, quais sejam, a conduta culposa do agente, o dano, e o nexa causal. O foco residirá somente no requisito do nexa de causalidade, requisito este que tem assumido maior relevância com a recepção da teoria do risco pelo novo Código Civil. Assim, nos ensinamentos de Cavalieri Filho, tal requisito pode ser extraído do artigo 186 do Código Civil³ expresso através do verbo *causar*.⁴ Ainda, nos traz o jurista que

não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela

¹ NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 453

² CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010,

³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁴ Op cit. p. 18

conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado deste ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato.⁵

Tal relação causal “portanto, estabelece o vínculo entre determinado comportamento e um evento, permitindo concluir se a ação ou omissão do agente foi ou não causa do dano.”⁶ Neste sentido cumpre esclarecer que “o nexos causal diz respeito às condições mediante as quais o dano deve ser imputado objetivamente à ação ou omissão de uma pessoa.”⁷

Sobre o tema:

O nexos de causalidade é o elo que liga o dano ao fato gerador, é o elemento que indica quais são os danos que podem ser considerados como consequência do fato verificado. Causa de um dano só pode ser um fato que tenha contribuído para provoca-lo, ou para agravar os seus efeitos; tudo parece simples, mas não é: na responsabilidade civil, o nexos de causalidade é talvez o requisito que mais dificuldades suscita.⁸

Ainda, cabe destacar que o conceito de nexos causal não é apenas jurídico, decorre também da ligação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. A relação causal, portanto, estabelece uma ligação entre um comportamento e um acontecimento, concluindo se a consequência da conduta do agente gerou o resultado. Além deste liame causa-efeito, exige-se a análise do operador para se verificar as relações entre fatos e resultados através de um juízo de probabilidade.⁹

No magistério de Della Giustina,

parece legítimo recorrer-se à noção de probabilidade ou de “previsibilidade objetiva” do dano em relação ao ato danoso, porque se existe uma probabilidade suficiente, ela permite razoavelmente presumir que o ato danoso tenha aportado efetivamente uma condição necessária à eclosão do evento.

A probabilidade ou a previsibilidade objetiva criam, assim, uma presunção de fato em favor da causalidade.¹⁰

⁵ Ibid. p. 47

⁶ ORGANIZAÇÃO DIREITO RIO (Org.). Teoria geral da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Editora Fgv, 2008. p. 101

⁷ SERPA LOPES apud CAVALIERI FILHO, 2010, p. 46

⁸ NORONHA, 2013, p. 499

⁹ CAVALIERI FILHO, 2010, p. 47

¹⁰ GIUSTINA, Vasco Della. Responsabilidade Civil dos grupos. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 45

Gonçalves adiciona também que “é necessário que se torne absolutamente certo que, sem esse fato, o prejuízo não poderia ter lugar”¹¹. Assim resta clara a ligação não somente entre a causa e o efeito causado, mas também com a probabilidade com a qual estes eventos estejam atrelados. Por fim, conclui-se que “o nexo causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano”¹².

1.2 Teorias do nexo causal

Entre todas as teorias que tentam solucionar o problema da atribuição do nexo de causalidade, é consenso entre a doutrina que nenhuma apresenta uma resposta pronta. Devendo o julgador analisar o caso concreto, utilizando-se dos princípios da probabilidade, razoabilidade, do bom-senso e da equidade. Utilizando caminhos lógicos análogos para alcançar uma solução que seja razoável perante a casuística, e dentre o conjunto probatório produzido pelo demandante.¹³ Nesta linha:

Um dos pontos mais difíceis da responsabilidade civil é este de saber que danos acontecidos podem ser considerados causados por um determinado fato. Nem sempre é fácil saber se a contribuição de um fato para um dano é suficiente para que se deva considera-lo gerador deste. Por outro lado, pode também acontecer que um só dano deva ser atribuído a diversas causas.¹⁴

A função precípua destas teorias da causalidade é a de procurar identificar, dentre os fatores sem os quais uma determinada lesão não teria acontecido, quais destes fatores podem ser elencados como determinantes. Estes que forem selecionados como determinantes são denominados de causas, os demais são meras condições.¹⁵ Para auxiliar a distinção entre causas e condições extraí-se das lições de Noronha que:

Condições, assim, são todos os fatores que estão na origem de um dano, são todos os elementos sem os quais ele não teria sido produzido, são todas as circunstâncias de

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.

¹² CAVALIERI FILHO, 2010, p. 47

¹³ Ibid, p. 48

¹⁴ NORONHA, 2013, p. 612

¹⁵ Ibid, p. 613

que não se pode abstrair, sem mudar o resultado danoso. Causas do dano são apenas aquelas condições consideradas como efetivamente determinantes desse resultado.¹⁶

Dentre as teorias mais abordadas destaca-se a teoria da equivalência das condições, também conhecido como teoria da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non*. Acerca deste ponto, retira-se que:

Como o próprio nome diz, essa teoria não faz distinção entre causa (aquilo de que uma coisa depende quanto à existência) e condição (o que permite à causa produzir seus efeitos positivos ou negativos). Se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm, o mesmo valor, a mesma relevância, todas se equivalem. Não se indaga se uma delas foi mais ou menos eficaz, mais ou menos adequada. Causa é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, sem distinção da maior ou menor relevância que cada uma teve.¹⁷

Neste norte, acrescenta Gonçalves, que por esta teoria “toda e qualquer circunstância que haja concorrido para produzir o dano é considerada uma causa. A sua equivalência resulta de que, suprimida uma delas, o dano não se verificaria.”¹⁸

Esta teoria tem suas raízes no direito penal, onde

em 1860, por Von Buri, pretende esta doutrina que “em havendo culpa, todas as condições de um dano são equivalentes, isto é, todos os elementos que, de uma certa maneira, concorreram para sua realização, consideram-se como causas, sem a necessidade de determinar, no encadeamento dos fatos que antecederam o evento danoso, qual deles pode ser apontado como sendo o que de modo imediato provocou a efetivação do prejuízo”. Considera-se, assim, que o dano não teria ocorrido se não fosse a presença de cada uma das condições, que, na hipótese concreta, foram identificadas precedentemente ao resultado danoso.¹⁹

Reforçando esta linha, destaca Noronha, que seria indiferente falar em causas ou em condições do dano nesta teoria. Isto pois um acontecimento vai ser sempre considerado como causa de um dano, assim que se puder afirmar que este não teria ocorrido se aquele não tivesse acontecido. Desta forma, todas as condições consideradas indispensáveis para a produção do evento danoso seriam causas até “mesmo uma qualquer causa da causa seria sempre causa do resultado: *causa causae causa causati*”²⁰

¹⁶ Ibid, p. 613

¹⁷ CAVALIERI FILHO, 2010, p. 48

¹⁸ GONÇALVES, 2011, p. 620

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. II. p. 66-67

²⁰ NORONHA, 2013, p. 615

Desta forma, muito esforço não é exigido para notar os equívocos que podem decorrer desta teoria. Podendo a teoria da equivalência das condições ir muito além daqueles responsáveis pela obrigação de indenizar. É possível até cogitar uma regulação dos excessos através do filtro da culpa, na responsabilidade civil subjetiva, sendo esta tarefa dificultosa. Porém, tal filtro encontra-se inviável nos casos de responsabilidade objetiva, onde o elemento culpa é irrelevante.²¹

Até mesmo dentro do âmbito do direito penal a teoria foi questionada por Nelson Hungria, pois se for levada aos extremos a teoria serviria para responsabilizar, por exemplo, o fabricante da arma num caso de homicídio ou o marceneiro que fabrica a cama no qual se deitou o casal adúltero.²² A fórmula então, tenderia a tornar “cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade”²³. Neste sentido:

essa teoria não diferencia causa e condição. Amplia-se a ressarcibilidade a horizontes longos demais. A série causal, assim, transforma-se numa cadeia sem fim, pois se ignora a existência de causa relativamente independente, ou seja, aquela causa que torna remoto o nexo de causalidade da causa antecedente.²⁴

Cavaliere endossa a crítica já apresentada, exemplificando que “por ela, teria que indenizar a vítima de atropelamento não só quem dirigia o veículo com imprudência, mas também quem lhe vendeu o automóvel, quem o fabricou, quem fornece a matéria-prima etc.”²⁵ Desta feita, a possibilidade de alcançar-se uma decisão equivocada gerou e ainda gera tumultuosos debates na doutrina e nas decisões proferidas pelo Judiciário, surgindo de necessidade de outros caminhos teóricos.

Ainda no século XIX, o filósofo alemão Von Kries concebe a teoria da causalidade adequada, que mais tarde foi aperfeiçoada por Rümelin, Traeger, Enneceerus e Gabriel Marty. Nesta, “procura-se identificar, na presença de mais de uma possível causa, qual aquela potencialmente apta a produzir os efeitos danosos, independentemente das demais circunstâncias que, no caso concreto, operaram em favor de determinado resultado.”²⁶

Esta teoria

²¹ Ibid, p. 616

²² GONÇALVES, 2011, p. 620

²³ TEPEDINO, 2006. P. 67

²⁴ ORGANIZAÇÃO DIREITO RIO (Org.), 2008, p. 104

²⁵ CAVALIERI FILHO, 2010, p. 49

²⁶ TEPEDINO, 2006. P. 67

envolve não um juízo concreto acerca da causa do evento danoso, mas uma avaliação abstrata fundada em um princípio de normalidade. Imputa ao agente as consequências que, em um determinado momento histórico, segundo o estado da ciência e da técnica, são “normais” consequências de seu comportamento. Procurando especificar o critério de normalidade, afirma-se que, a fim de se saber se a causa é ou não adequada a produzir determinado efeito, deve-se perguntar se tal relação de causa e efeito existe sempre, em casos daquela espécie, ou se existiu naquele caso, por força de circunstâncias específicas. Somente na primeira hipótese, considera-se que a causa foi adequada a produzir o efeito.²⁷

Assim, “se tal relação de causa e efeito existe sempre em casos dessa natureza, diz-se que a causa é adequada a produzir o efeito. Se existiu no caso em apreciação somente por força de uma circunstância accidental, diz-se que a causa não era adequada”²⁸. Tal teoria diferencia-se da anterior por distinguir causa e condição, dentre os fatos antecedentes que possuírem graus diferentes de relevância. Causa será apenas aquela que se considerar a mais determinante, desconsiderando-se as demais.²⁹

Porém, ainda não se enfrenta de forma definitiva o problema de elencar quais os fatos antecedentes serão causa do evento danoso. Para elucidar a melhor a questão segue o ensinamento de Cavalieri, nos trazendo que

o problema reside justamente neste ponto. Como estabelecer, entre várias condições, qual a mais adequada? Não há uma regra teórica, nenhuma fórmula hipotética para resolver o problema, de sorte que a solução terá que ser encontrada em cada caso, atentando-se para a realidade fática, com bom-senso e ponderação. Causa adequada será aquela que, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar a mais idônea para gerar o evento.

De todos os autores consultados sobre essa questão, e não foram poucos, encontramos a lição de Antunes Varella a fórmula que mais nos poderá auxiliar na solução do problema. Não basta que o fato tenha sido, em concreto, uma condição *sine qua non* do prejuízo. É preciso, ainda, que o fato constitua, em abstrato, uma causa adequada do dano.³⁰

Desta feita, tem-se que a análise do caso concreto deve passar a um plano abstrato, onde o julgador deve analisar se as consequências do ato poderiam ser naturalmente esperadas. Ou seja, a teoria observa aquilo que normalmente acontece na vida e considera primordial para que algum fato seja considerado causa de uma lesão, a possibilidade de

²⁷ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2 ed. São Paulo, Atlas, 2009, p. 56

²⁸ GONÇALVES, 2011, p. 621

²⁹ CAVALIERI FILHO, 2010, p. 49

³⁰ Ibid, p. 49

produção de tal dano segundo o transcorrer natural das coisas. Assim, somente esta condição seria causa adequada do dano, as demais seriam descartadas.³¹

O processo para análise dos fatos do caso concreto chama-se prognose retrospectiva. E é assim nomeada

porque constitui tentativa adivinhar, a partir de um determinado fato, o que pode vir a acontecer como sua consequência; essa prognose é retrospectiva, porque o exercício é feito depois de já se saber o que efetivamente aconteceu. Nesse exercício de prognose retrospectiva, o observador coloca-se no momento anterior àquele em que o fato ocorreu e tenta prognosticar, de acordo com as regras da experiência comum, se era normalmente previsível que o dano viesse a ocorrer. Se concluir que era previsível, como consequência do fato praticado, mesmo que estaticamente não fosse muito provável que viesse a ocorrer, a causalidade será adequada.³²

Ainda, dentro desta teoria encontramos uma bifurcação, existem aqueles que acreditam que a causa adequada seria aquela que favorece a produção do dano, e outros que defendem que é aquela que não é estranha a tal produção. Resultando em sua apresentação através de “duas formulações fundamentais, chamadas de formulação positiva e negativa.”³³

Além destas duas correntes, existe outra defendida por boa parte da doutrina, entendendo que houve positivação da teoria do dano direto e imediato através do artigo 403 do Código Civil.³⁴ Tal entendimento surge como uma tentativa do legislador de limitar a subjetividade da determinação do nexo de causalidade constante na primeira teoria abordada. Este artigo nos traz que “mesmo quando tiver havido uma atuação dolosa, não são indenizáveis todos os prejuízo efetivos, nem todos os lucros cessantes, mas apenas aqueles que possam ser considerados ‘efeito direto e imediato’ do inadimplemento da obrigação.”³⁵

Houve, de fato, um momento histórico em outros países em que se tentou barrar a possibilidade de indenização por danos indiretos. Principalmente na doutrina francesa, com Henri de Page e Gabriel Marty. Este último nos traz que “*le dommage est direct toutes les fois que l’on peut affirmer que la faute en a été la condition nécessaire; il cesse de l’être dans le cas contraire*”³⁶.

³¹ NORONHA, 2013, p. 627

³² Ibid, p. 627-628

³³ Ibid, p. 628

³⁴ BRASIL, 2002. Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

³⁵ Op cit, p. 619

³⁶ MARTY apud TEPEDINO, 2006, p. 70. Em tradução livre: O dano é direto todas as vezes que podemos afirmar que a *faute* é a condição necessária; deixando de ser (direto) em caso contrário.

Na visão de Noronha, tal interpretação do vocábulo “imediato” encontra-se equivocada, defendendo a interpretação do dispositivo para indenizar-se todo o dano que se filia a uma causa, ainda que esta seja remota, desde que ela lhe seja causa necessária por não existir outra que explique o mesmo dano. Ainda, cita:

Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da inexecução. (...) Ora (...) a lei impõe a existência de um liame entre inadimplemento da obrigação e o dano, de modo que o inadimplemento se atribua, com exclusividade, à causa do dano. (...) A expressão direto e imediato significa o nexo causal necessário³⁷

Ademais, entre a aplicação da teoria da equivalência das condições e a do dano direto imediato, nota-se que a jurisprudência acaba utilizando-se da aplicação da expressão literal contida no artigo 403 quando acha que um dano deve ser reparado, afirmando que este seja “direto e imediato”, de outro modo quando não acha que este dano seja indenizável irá denominá-lo “dano indireto”.³⁸

Além destas teorias abordadas existem algumas outras que não serão foco deste estudo, cabendo apenas ponderar que existe de fato uma miríade de teorias que tentam simplificar a árdua tarefa de retirar do caso concreto qual fato é aquele que deve ser considerado como o principal. Nota-se que, contemporaneamente, há certo consenso dentre a melhor doutrina que a teoria adotada no Brasil seja a da causalidade adequada, flexibilizando o texto do artigo 403, e admitindo também a possibilidade de indenização por danos indiretos.³⁹

Dos textos abordados, a teoria que mais parece aproximar-se com a lógica esperada de uma análise do julgador – apesar de não solucionar a aparente impossível tarefa de sistematizar uma teoria em que haja diminuta esfera subjetiva – é a proposta por Noronha, ao afirmar que:

Pode-se resumir tudo numa fórmula sintética, dizendo que, para que se dê como verificado o nexo de causalidade, basta que haja séria possibilidade de ocorrência do dano, é suficiente que este não seja atribuível a circunstâncias extraordinárias, a situações improváveis, que não seriam consideradas por um julgador prudente.⁴⁰

³⁷ ALVIM apud NORONHA, 2013, p. 623

³⁸ NORONHA, 2013, p. 626

³⁹ Ibid, p. 635

⁴⁰ Ibid, p. 637-638

1.3 Hipóteses de causalidade concorrente

Conforme observado no item anterior, existe certa dificuldade em elencar, após a existência de uma lesão, qual dos acontecimentos pretéritos cometidos por um indivíduo será responsabilizado. Cabe agora analisar outra dificuldade encontrada nos casos concretos, a existência de múltiplos partícipes na produção de um dano. Podemos analisar até a hipótese de vários fatos independentes que juntos causam o dano. Estas situações podem variar segundo duas vertentes: um ou mais fatos causadores do dano; um ou diversos indivíduos que sejam responsáveis.⁴¹

Dentro das possibilidades de variação elencadas, nota-se a existência de um número determinado de alternativas, quais sejam:

a) quando houver uma causa única do dano e uma só pessoa a quem essa causa possa ser atribuída, teremos a situação de *autoria singular*; b) quando houver uma causa única e duas ou mais pessoas intervenientes, teremos a situação de *coautoria*; c) quando houver pluralidade de causas, mas todas forem atribuíveis a uma só pessoa, teremos igualmente um caso de autoria singular; d) quando houver um fato de uma pessoa concorrendo com um caso fortuito ou de força maior, teremos *concorrência de fato do lesante com caso fortuito ou de força maior*; e) quando houver um fato de uma pessoa concorrendo com um fato do próprio lesado, teremos *concorrência de fatos do lesante e do lesado*; f) quando houver pluralidade de causas e estas forem atribuíveis a pessoas diferentes, teremos *causalidade concorrentes de diversos lesantes*, sendo esta uma situação em que ainda é possível subdistinguir várias hipóteses (como veremos adiante); g) quando houve dois ou mais fatos atribuíveis a pessoas diferentes, todos com potencialidade para causar o dano, mas sem que seja possível determinar com exatidão qual deles foi o causador, teremos a *causalidade alternativa*.⁴²

Com as categorias já devidamente divididas, podemos notar que aquelas constantes das alíneas a) e c) possuem em comum o fato de possuírem um só autor, sendo denominadas de autoria singular por Noronha. Dentro das situações de autoria plural, há uma subdivisão, entre quando houver unicidade de causa, situação esta de coautoria, que não demonstra muitos problemas para ser solucionada. E do outro lado, a situação de pluralidade de causas e de autores, onde o verdadeiro imbróglio reside, tal situação é denominada de causalidade concorrente, concurso ou concorrência efetiva de causas.⁴³

⁴¹ Ibid, p. 668

⁴² Ibid, p. 669

⁴³ Ibid, p. 669-670

Ademais, cabe destacar que o termo concausa pode ser utilizado de modos distintos. Das lições de M. J. Almeida extraímos que por concausas podemos entender os diversos fatos que contribuem para o dano, sendo elas concomitantes ou não.⁴⁴ Já para Cavalieri Filho, concausa “é outra causa que, juntando-se à principal, concorre para o resultado. Ela não inicia nem interrompe o processo causal, apenas o reforça, tal como um rio menor deságua em outro maior, aumentando-lhe o caudal”.⁴⁵ Verifica-se clara distinção entre os termos adotados, ressaltando Noronha que a causalidade concorrente distingue-se da concausalidade na interpretação de Cavalieri Filho, filiando-se ao entendimento de M. J. Almeida.⁴⁶

Para o presente estudo, imperioso tão somente a análise das hipóteses de causalidade concorrente para efeitos de distinção teórica entre este instituto e a causalidade alternativa, não sendo interessante a abordagem a fundo das demais classificações.

A primeira hipótese de concausalidade trazida por Noronha é a do concurso entre fato do responsável e caso fortuito ou de força maior. Neste caso, há um concurso na produção de um dano entre um fato da natureza e outro atribuível a um indivíduo. As soluções apresentadas não encontram solução satisfatória, já que será extremamente complexa a atribuição de proporções entre as concausas apresentadas, havendo de se presumir simplesmente que ambas concorrem em um mesmo montante, dividindo-se a responsabilidade do agente pela metade. Ou, por outro lado, caso não haja possibilidade de determinação da esfera de contribuição para o dano, estaremos diante de uma hipótese de causalidade alternativa, que será abordada em seguida.⁴⁷

Após, Noronha traz a hipótese de concurso entre fatos do responsável e do lesado, em que o dano não ocorreria sem o os atos do lesante e do lesado. O autor subdivide essa categoria para explicar as hipóteses em que um ou outro cometem o ato de maneira culposa – especificações estas que fogem ao assunto principal deste estudo, por isso não serão aprofundadas. Conclui, o doutrinador, que “a solução só pode ser uma: ao indigitado responsável só poderá ser atribuída obrigação de indenizar pela parcela do dano que possa ser considerada causada pelo seu fato”.⁴⁸

⁴⁴ ALMEIDA apud NORONHA, 2013, p. 670

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, 2010, p. 60

⁴⁶ NORONHA, 2013, p. 670

⁴⁷ Ibid, p. 673

⁴⁸ Ibid., p. 676

Posteriormente, nas subdivisões expostas por Noronha, apresentam-se três formas de causalidades concorrentes ou complexas: causalidade colateral; causalidade concorrente propriamente dita; causalidade cumulativa. Na primeira, a prática de cada um dos fatos por si só seria suficiente para a consecução da totalidade do dano observado. Na segunda, cada fato isoladamente não causaria o dano, ou sua totalidade, mas somados aos outros foram necessários à formação do mesmo. Já a última caracteriza-se por ser cada fato diferente responsável por uma parte delimitada do dano.⁴⁹

Continuando dentro dos ensinamentos de Noronha, este nos apresenta diversos exemplos de causalidade colateral, como o caso clássico do cozinheiro e do empregado de mesa, onde ambos – sem conhecimento da ação alheia – envenenam a comida de seu chefe, sendo que cada dose poderia provocar a morte do mesmo separadamente. Ou o caso clássico na *common law* dos fogos gêmeos, onde duas pessoas ateam fogo separadamente a uma propriedade, sendo que cada um seria capaz de destruir a unidade em questão.⁵⁰

Esta modalidade de concurso de causas não demonstra dificuldades em sua compreensão, pois todos os fatos independentes possuem potencialidade para causar o dano em sua totalidade. Isto, dentro de uma relação de causalidade adequada, gera a obrigação de indenizar a todos os agentes coautores do dano.⁵¹

A próxima hipótese abordada, a causalidade concorrente propriamente dita, caracteriza-se pela insuficiência dos fatos independentes na causação da totalidade do dano. Assim como na situação anterior, ficará caracterizada a responsabilidade de indenizar a todos os coautores, solidariamente, já que sem a atuação de cada partícipe não haveria ocorrido a totalidade da lesão. Ainda, “é preciso, porém ter o cuidado de verificar se há contribuição efetiva dos dois fatos em questão, para o dano final: pode ser que este só seja devido ao segundo desses fatos”⁵², na hipótese de um fato posterior quebrar a cadeia de causalidade, por si só produzindo o resultado, estaremos diante de uma situação de superveniência.⁵³

A última hipótese da divisão trazida por Noronha cuida de hipótese de fácil compreensão e solução. Trata-se daquela onde existem múltiplos agentes que, independentemente, geram uma parte delimitável do dano. Neste caso cada qual ficará responsável pela parte da lesão que efetivamente foi responsável. O problema fático reside na

⁴⁹ Ibid, p. 676

⁵⁰ Ibid, p. 677

⁵¹ Ibid, p. 677

⁵² Ibid, p. 680

⁵³ Ibid, p. 680

produção probatória, já que deve restar hialina que a contribuição de cada qual gerou tão somente parcela do dano. Em caso que haja dúvidas quanto à autoria da lesão, é de se supor que os agentes contribuíram para a verificação da totalidade do dano.⁵⁴ Ainda, o autor aborda a teoria da causalidade alternativa, que será objeto do próximo ponto.

De outro modo, Vasco Della Giustina, a seu turno, afirma que

Se, porém, o dano for ou puder ser causado por todos os sujeitos, ou por algum deles que desenvolve atividade comum, ou que, ao menos coopera com ela, a responsabilidade deve, principalmente, ser aferida, distinguindo-se três modalidades específicas:⁵⁵

O autor, portanto, ao dividir as hipóteses de concausas aduz à causalidade comum, “quando duas ou mais pessoas concorrem para o resultado comum, isto é, de forma associada.”⁵⁶ Na hipótese apresentada há solidariedade, ou seja, independente do grau de contribuição o dano é atribuído a cada um dos coautores.

Após, expõe a causalidade concorrente, que nas palavras de Orlando Gomes é “quando duas ou mais pessoas causam o mesmo dano mediante ato que realizam independentemente uma da outra, mas de tal modo que o dano se verifica com a mesma e extensão, pelo ato isolado de qualquer uma delas.”⁵⁷ Esta modalidade se iguala aquela apresentada por Noronha, lá definida como causalidade colateral. Por fim, o autor apresenta a hipótese de causalidade alternativa que será abordada no próximo subtítulo.

Enfim, Tepedino apresenta em seu estudo um passo-a-passo para a análise de hipóteses de causalidade concorrente visando analisar o processo de convencimento do julgador, conforme se segue:

Da análise da jurisprudência brasileira, conclui-se que, diante de uma pluralidade de causas, a investigação do magistrado realiza-se mediante três indagações: 1ª Cuidado-se de causas sucessivas (uma direta e as demais indiretas, que lhe deram causa) ou simultâneas (todas diretas e concorrentes)? Se todas as causas são diretas, evidenciando-se, pois, o vínculo de necessariedade de todas elas em relação ao dano, procede-se em seguida à valoração da preponderância, de modo a excluir algumas delas, ou à repartição do dever de indenizar entre os seus responsáveis, quando não se é possível estabelecer a preponderância.

Em se tratando, ao revés, de causas sucessivas, pergunta-se: 2ª há necessariedade entre o conjunto de causas e o evento danoso? Se a resposta for negativa, exclui-se o dever de indenizar. Se positiva passa-se à terceira indagação: 3ª, relativamente à

⁵⁴ Ibid, 681

⁵⁵ GIUSTINA, 1991, p. 47

⁵⁶ Ibid., p. 47-48

⁵⁷ GOMES apud GIUSTINA, 1991, p. 50

preponderância ou equivalência de uma ou algumas causas indiretas. Em se tratando de pluralidade de causas necessárias (concorrente ou sucessivas), a solução se desloca para o critério da preponderância das causas ou, considerando-as equivalentes, para a repartição do dever de reparar.⁵⁸

Desta forma, ilustradas algumas das formas expostas em hipóteses de concausalidade, resta agora adentrarmos no campo da causalidade alternativa.

1.4 Causalidade Alternativa

O instituto da causalidade alternativa, ponto focal deste trabalho, pode ser definido como uma “modalidade de causação comum, onde intervêm duas ou mais pessoas, sem que, contudo, se possa afirmar claramente se o autor foi este ou aquele, apesar de terem sido eles no seu conjunto, isto é, inobstante estar com um ou mais deles a autoria do fato.”⁵⁹ Sobre a evolução doutrinária que originou este instituto, aponta Della Giustina:

Inicialmente, como vimos, tentando substituir a noção de causalidade. Posteriormente criando as presunções de causalidade, numa linha já de causalidade suposta.

Prosseguindo nesta evolução foram descobertas as flexibilizações ao princípio do ônus da prova. (...) Como culminância dessa caminhada, doutrina e jurisprudência, atentas às ações que envolvem mais de um sujeito, via de regra, vários, ou até mesmo inúmeros, criaram a chamada causalidade alternativa, ou suposta.⁶⁰

Este instituto surge de uma comoção doutrinária e jurisprudencial para uma maior proteção da vítima, objetivando flexibilizar o ônus da prova do autor ao visar a reparação do dano sofrido. Esta evolução teve berço principalmente na França, onde esta presunção de nexos causal que se traduz em verdadeira inversão do ônus da prova foi aplicada em matéria de energia nuclear e direito do trabalho. Destaca-se, ainda, que o surgimento de tal teoria não veio de forma substitutiva em relação à causalidade clássica, e sim de forma complementar e paralela a esta.⁶¹ Neste viés:

Mas, na sociedade moderna, em face da massificação das relações sociais, empresariais e profissionais, e dos riscos sociais cada vez maiores, não será justo,

⁵⁸ TEPEDINO, 2006, p. 81

⁵⁹ GIUSTINA, 1991, p. 52

⁶⁰ Ibid, p. 62

⁶¹ Ibid, p. 56

nem razoável, deixar a vítima sem a correspondente indenização por não ter sido possível apurar quem, no grupo, deu causa direta e imediata ao evento. Evidenciado o vínculo comunitário entre os membros do grupo, todos os possíveis autores devem ser considerados responsáveis solidariamente, face à ofensa perpetrada à vítima por um ou mais deles.⁶²

Deste modo, tendo em mente a distinção já abordada entre condição e causa, nas situações de causalidade alternativa temos diversas condições de um dano, e estas condições podem ser consideradas possíveis causas da lesão.⁶³ Esta teoria também é conhecida de outras formas:

conocidos por la doctrina como casos de culpa anónima; de causalidad incierta o causa anónima; causalidad disyuntiva o alternativa; o de responsabilidad colectiva, insinuando con esta última expresión la idea de una obligación de responder que puede pesar sobre el grupo de individuos implicados en la causación del daño.⁶⁴

Adentrando-se na teoria da causalidade alternativa é perceptível que a diferença entre as teorias anteriormente apresentadas reside no fato do desconhecimento quanto à exatidão das causas que originaram a lesão. Nas palavras de Pontes de Miranda “há causalidade alternativa quando o dano pode ter sido causado e o foi pelo ato de A ou B, sem se poder determinar com certeza qual dos dois o causou.”⁶⁵

Nesse sentido, o Professor Clóvis Couto e Silva admite que juridicamente existem sistemas que admitem que “mesmo que haja dúvida sobre a pessoa que causou o dano, se ela se encontra em um círculo de pessoas que poderiam causá-lo, ela será obrigada a repará-lo.”⁶⁶ Infere-se, portanto, que cumpre à doutrina e jurisprudência evidenciar os requisitos e métodos de aplicação desta teoria, visto que em razão aos danos coletivos os casos que envolvem a teoria da causalidade alternativa tendem a aumentar.

Pontes de Miranda em seu Tratado sobre Direito Civil, pouco se pronuncia a respeito da teoria elencada. No entanto, ao abordá-la, ele não se posiciona, visto que narra duas soluções técnicas legislativas possíveis:

⁶² CAVALIERI FILHO, 2010, p. 63

⁶³ NORONHA, 2013, p. 682

⁶⁴ LAFUENTE, Virginia Múrtula. La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo. Madrid: Dykinson, 2005, p. 21. Em tradução livre: conhecida pela doutrina como casos de culpa anônima; causalidade incerta ou causa anônima; causalidade disjuntiva ou alternativa; ou de responsabilidade coletiva, com este último termo que implica a ideia de uma responsabilidade que pode pesar sobre o grupo de indivíduos envolvidos na causação do dano

⁶⁵ PONTES DE MIRANDA apud GIUSTINA, 1991, p. 62

⁶⁶ COUTO e SILVA apud GIUSTINA, 1991, p. 63

- a) a de se entender que na falta de prova de quem causou o dano, ainda que haja indícios veementes contra ambos os apontados, nenhum pode ser responsabilizado;
- b) uma vez que os fatos se apresentam como um todo, há de se ter como responsável qualquer dos partícipes.⁶⁷

Orlando Gomes, a seu modo, todavia, se posiciona entendendo que não há de se falar em responsabilidade caso não haja certeza em quem ocasiona o prejuízo. Diferenciando a situação onde vários indivíduos participam de um ato, onde apenas um deles causa um dano, onde todos responderiam pelo dano.⁶⁸

Também se posiciona sobre o tema Aguiar Dias, entendendo “que para o reconhecimento da solidariedade passiva extracontratual importa que cada um tenha agido culposamente, devendo a culpa ser comprovada e que o fato tenha produzido o dano resultante da atuação coletiva.”⁶⁹ Denota-se, assim, que o doutrinador submete a aplicação da teoria da causalidade alternativa a comprovação de culpa de todos os envolvidos.

Cumprido, neste momento, fazer uma ressalva a teoria introduzida por Aguiar Dias, visto que pode ocorrer de o agente agir culposamente, no entanto não concorrer para o dano, ou ainda, que o autor do dano, ainda que dentro de um grupo, seja determinado, hipóteses em que não há reconhecimento de solidariedade entre eles. “Contudo, em determinados casos, mesmo quando o autor do fato for um só, cria-se solidariedade do grupo, na medida em que o verdadeiro autor silencia, no que é acompanhado pelos demais.”⁷⁰

O doutrinador supra apresenta um exemplo clarividente da situação por ele traçada. No exemplo existe um grupo de animais que pertencem a diversos donos. Todos eles se evadem do cercado em direção a uma estrada onde um deles causa a morte de uma pessoa. Na perícia fica estabelecido que apenas um animal poderia ter causado a lesão que causou o óbito, sem poder, contudo, identificá-lo. Apenas em razão da não identificação não se pode negar a vítima e contestar a obrigação solidária dos donos dos animais.

Sílvio Rodrigues, a seu modo, ao estudar o instituto, que denomina culpa coletiva, contata ser “inacolhível a ideia de uma responsabilidade comum, por ato individual de um dos participantes de um grupo, do qual partiu o ato danoso, apenas porque não se conseguiu provar quem foi o autor do ilícito.”⁷¹

⁶⁷ PONTES DE MIRANDA apud GIUSTINA, 1991, p. 121-122

⁶⁸ ORLANDO GOMES apud GIUSTINA, 1991, p. 122

⁶⁹ GIUSTINA, 1991, p. 122

⁷⁰ Ibid., p. 123

⁷¹ RODRIGUES apud GIUSTINA, 1991, p. 123

Percebe-se, portanto, um grande receio na doutrina pátria clássica a implementação da teoria da causalidade alternativa, pois esta inverte o ônus da prova do nexo de causalidade modificando conceitos clássicos por eles trazidos. No entanto, na sociedade hodierna

Assistimos ahora al reconocimiento de daños que antes no eran reparables, con mayor legitimación activa y mayor legitimación passiva; a una progresiva socialización de riesgos e instauración de sistemas colectivos de garantías y de prevención. La repuesta del Derecho de daños al daño causado por un membro indeterminado de un grupo tendrá que incardinarse necesariamente dentro de esta dinámica.⁷²

No ordenamento pátrio, o precursor da teoria supra é o Professor Clóvis do Couto e Silva. Para ele, havendo dúvida sobre o causador do dano, encontrando-se este num grupo de pessoas que poderiam causá-lo, o grupo deve responder. Nesse sentido, “com a admissão da causalidade alternativa, todos os autores possíveis serão considerados como responsáveis, de forma solidária, perante a vítima.”⁷³

Denota-se do exposto duas peculiaridades que caracterizam a causalidade alternativa, quais sejam: a) a existência de dúvida sobre o causador do dano que se encontra em um grupo de pessoas; b) os autores possíveis são responsabilizados solidariamente perante a vítima. Assim, ao trazer todas as pessoas suscetíveis de terem causado o dano ao polo passivo da ação ocorre uma inversão do ônus da prova, em favor da vítima, visto que cabe ao partícipe demonstrar alguma excludente para que não seja responsabilizado. “A dispensa de prova em favor da vítima consiste, justamente, em evitar-lhe a indicação de um determinado autor, pois o mesmo se encontra entre os demandados.”⁷⁴

Através destes requisitos nota-se a distinção com os casos de causalidade concorrente, já abordada. Nas palavras de Tepedino:

Ao contrário do que ocorre na causalidade concorrente, nas hipóteses de causalidade alternativa, não se sabe, em definitivo, de quais agentes partiu a ação que resultou no dano, sendo certo apenas que nem todos contribuíram para o prejuízo. Assim sendo, não se pode, aqui, eleger como solução a repartição do dever de reparar, com base na preponderância de certa causa, já que o fato jurídico imputável é único, não

⁷² LAFUENTE, 2005, p. 24. Tradução livre: Observamos agora o reconhecimento de danos que antes não eram reparáveis com maior legitimação ativa e passiva; uma progressiva socialização de riscos e instauração de um sistema coletivo de garantia e de prevenção. A resposta da Responsabilidade Civil a um dano causado por um membro indeterminado de um grupo terá que inserir-se necessariamente dentro dessa dinâmica.

⁷³ GIUSTINA, 1991, p. 125

⁷⁴ Ibid., p. 139

podendo ser cotejadas as ações entre si, individualmente consideradas, em relação às quais, de resto, não há vínculo de necessidade com o evento danoso.⁷⁵

“Há, porém, divergências quanto à forma de composição do grupo”.⁷⁶ Alguns juristas, nesse sentido, defendem a ideia de que o grupo deve ter uma atividade uniforme, enquanto outros dizem ser desnecessária a caracterização de um grupo formal, bastando tratar-se de ação coletiva. Lembra-se, ainda, que conforme, já exposto, a doutrina de Aguiar Dias sustenta que o silêncio do grupo cria a solidariedade entre todos.

Do julgado dos Embargos Infringente nº 596219006 do TJRS, trazido por Frota, são expostos os requisitos para a formação do grupo. Veja-se:

Pode-se, com base nos entendimentos retrocitados, apontar algumas características da responsabilidade do grupo, que devem ser cumpridas de forma cumulativa: (a) no dano anônimo não se identifica o seu autor; (b) certo é que o dano foi provocado por um ou por mais de um integrante de um grupo de pessoas, como os membros de uma torcida organizada; (c) o grupo pode ser perfeitamente identificado e com integrantes determinados, mesmo que não se saiba qual deles causou o dano; (d) o grupo não precisa ser organizado ou institucionalizado juridicamente, podendo ser responsabilizado coletivamente o grupo de fato; (e) não se trata de um dano causado pelo grupo enquanto tal – fator de responsabilização plural e solidária –, pois o autor do dano é único ou há mais de um autor, não se tratando de coautoria entre todos os membros do grupo; (f) o grupo não precisa ter um chefe, a delimitar a responsabilidade de forma igualitária dos seus componentes; (g) o grupo desenvolve atividades de risco ou perigosas; (h) o(s) autor(es) permanece(m) oculto(s), lastreado(s) na atividade grupal;⁶⁵ (j) a vítima deve comprovar que tentou todos os meios disponíveis para identificar o causador individual do dano, mas não obteve êxito (TJRS, EI 596219006, 3.o Grupo de Câmaras Cíveis, j. 07.03.1997, rel. Des. Osvaldo Stefanello); (i) deve haver probabilidade de atuação do grupo para fins de imputação.⁷⁷

Ademais, Clóvis infere que a causalidade alternativa demonstra uma hipótese de suposição de culpa a todos os agentes possíveis. Ou seja, presume-se a culpa do agente e amplia-se essa presunção ao grupo. “Conclui por afirmar que a responsabilidade alternativa constitui a inserção de uma ideia própria ao risco, no sistema da culpa.”⁷⁸ Essa comparação é feita, já que nas situações de risco não se discute culpa assim como nas relações pautadas pela causalidade alternativa não se discute o nexo causal, que acarreta a presunção de culpa.⁷⁹

De mais a mais, denota-se que a causalidade alternativa pode ser elidida. Ou seja, se algum integrante do grupo provar que não foi o causador do dano ou prove a

⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo. A causalidade nas ações de responsabilidade atribuídas ao hábito de fumar. Soluções práticas - Tepedino, vol. 1, nov. 2011, p. 288

⁷⁶ GIUSTINA, 2011, p. 140

⁷⁷ FROTA, 2014, p. 113

⁷⁸ Op. Cit., p. 126

⁷⁹ Ibid., p. 141

impossibilidade de conexão direta do dano a sua pessoa, a responsabilidade desta deve ser descartada. Por óbvio, se algum dos demandados provar qual dentre os possíveis agentes que causou o dano, este será o único responsabilizado.⁸⁰

“Destarte, a presunção de causalidade pode ser entendida como uma consequência extraída de um fato normal e conhecido, no qual se retira prova de um fato desconhecido, sendo normalmente classificada como presunção relativa, por admitir prova em contrário.”⁸¹

Por outro lado, Noronha entende que a interpretação da causalidade alternativa deve ser analisada por outro prisma. O jurista defende que a doutrina faz confusão entre autoria e causalidade, devendo a presente tese levar somente em consideração a causalidade, fato que não estaria presente na responsabilidade civil dos grupos, situação em que tão somente não é sabida a autoria do dano. Desta forma, “enquanto a causalidade alternativa diz respeito à causa do dano (como a própria designação revela), na responsabilidade grupal não existe dúvida quanto a essa causa; a dúvida é relativa às pessoas a quem tal causa (e causa única) pode ser atribuída.”⁸²

Nesta linha, reforça este entendimento Schreiber ao afirmar que

a expressão causalidade alternativa encerra, portanto, certa imprecisão linguística: a causalidade é única, embora imprecisável, sendo alternativa, a rigor, a imputação da responsabilidade aos agentes, justamente pelo fato de não se lograr determinar qual deles, individualmente, produziu o dano.⁸³

Para o doutrinador, os casos em que haja apenas dúvida na autoria da lesão podem ser solucionados pela causalidade concorrente propriamente dita, ou pela causalidade cumulativa. Filia-se ainda à tese de que

O problema da causalidade alternativa é sério, porque, como sabemos, o ônus da prova do nexu causal cabe ao lesado, uma vez que se trata de fato constitutivo do direito deste (CPC, art. 333, I). Por isso, em caso de dúvida haverá que decidir *contra ele*, ressalvadas as hipóteses em que tiver a seu favor uma presunção legal ou em que se beneficiar de inversão do ônus da prova. Essa é uma regra que não consente temperamentos. No entanto, há algumas situações em que aparentemente (e só na aparência) ela parece sofrer abrandamentos em benefício do lesado, como são as hipóteses em que se puder falar em perda da chance de evitar um dano, as

⁸⁰ Ibid., p. 142

⁸¹ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Eficácia causal virtual e a causalidade disjuntiva como fatores de erosão das teorias de nexu causal nas relações civis e de consumo. Revista de Direito do Consumidor, v. 93, mai. 2014, p. 109

⁸² NORONHA, 2013, p. 683

⁸³ SCHREIBER, 2009, p. 73

responsabilidade coletiva ou grupal, e aquelas que ainda possam ser reconduzidas a qualquer das formas da causalidade concorrente.⁸⁴

Infelizmente o renomado jurista Fernando Noronha ainda não publicou o volume dois de sua obra, onde aprofundaria suas teses sobre a causalidade alternativa, de modo que a crítica realizada, embora extremamente pertinente, não foi oportunamente esmiuçada da forma merecida.

Nesse sentido aduz Gustavo Tepedino:

A designação causalidade alternativa denota, portanto, imprecisão linguística: alternativa, a rigor, é a imputação de responsabilidade aos agentes, pelo fato de não se lograr determinar exatamente qual deles, individualmente, foi o deflagrador do dano. De todo modo, deve-se demonstrar a necessidade entre o fato jurídico que reuniu a conduta dos diversos agentes e o evento danoso.⁸⁵

Com a modernização das relações sociais e o aumento das relações consumeristas, impende destacar o papel essencial que a teoria da causalidade alternativa ganha na proteção do consumidor. Isso, pois nas situações em que existe a colocação no mercado de produtos perigosos por diversos fornecedores ou produtores pode haver a responsabilização solidária. Nesse sentido doutrina Clóvis do Couto e Silva:

É extraordinariamente difícil provar, quando os produtos são colocados em circulação por vários fabricantes, com a mesma fórmula, qual produto, em verdade causou o dano.

Estes fatos novos têm necessidade de soluções que não são sempre as mesmas. Quem deve indenizar? Como deve-se fazer a atribuição da responsabilidade a cada um dos possíveis autores do dano?

A solidariedade deu ao credor a possibilidade de escolher um só devedor, para pagar a totalidade da soma ou realizar seu crédito contra todos os devedores.

Ocorre que nas “situações de massa” da colocação no mercado de produtos perigosos fabricados por diversas empresas, ignora-se à exceção de certos casos isolados, quem é o responsável.⁸⁶

Neste norte, Frota exemplifica a situação acima tratada com o caso da distribuição de talidomida, aduzindo que

Pode-se aplicar a causalidade disjuntiva em casos de danos gerados à saúde dos consumidores pelos bens e pelos serviços de diversas marcas e fornecedores

⁸⁴ Ibid, p. 682

⁸⁵ TEPEDINO, 2011, p. 288

⁸⁶ COUTO E SILVA apud GIUSTINA, 1991, p. 149-150

(exemplo: fabricantes de talidomida), sem que se saibam quais fornecedores entregaram o bem no mercado, a responsabilizar os fabricantes e o Estado, que autorizou a venda do referido medicamento; de protestos públicos; de responsabilidade médica, entre outros.⁸⁷

Della Giustina entende, nesse viés, que o Código de Defesa do Consumidor trouxe implicitamente em seu texto a aceitação da teoria da causalidade alternativa. Tal afirmativa surge do parágrafo 3º do artigo 12⁸⁸ do diploma legal mencionado, já que em seu inciso I envolve a inexistência de relação causal. Infere-se, portanto, que os possíveis produtores e distribuidores são solidariamente responsáveis, exceto no caso de provarem não ter colocado o produto no mercado.⁸⁹

Percebe-se, portanto, que os dois requisitos (a dúvida da autoria perante a um grupo e a solidariedade) já abordados estão presentes, pois “se o autor trazer à prova que as condições de responsabilidade estão reunidas contra um grupo de possíveis fabricantes ou assemelhados, a identificação do autor de fato, ou seja, do produto competirá aos membros deste grupo.”⁹⁰

Ao concluir que a legislação supra traz em seu espírito a causalidade alternativa, Della Giustina narra que

Se a lei não tem palavras inúteis, a previsão desta exclusão de responsabilidade se explica na medida em que a nova legislação encampou implicitamente a causalidade alternativa, senão ociosa seria a menção específica a esta causa, que apenas traduziria um dos pressupostos da responsabilidade civil tradicional: o nexo de causalidade.⁹¹

Percebe-se, destarte, que, assim como nas relações civis em geral, na relação consumerista a aplicação da causalidade alternativa reforça a proteção da vítima, neste caso do consumidor. Desse modo, pesa sobre o produtor uma presunção de causalidade e, por consequência, de autoria. Caso assim não o fosse a prova, em certos casos, seria impossível e ao consumidor restaria a ausência de indenização.

⁸⁷ FROTA, 2014, p. 109

⁸⁸ BRASIL, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor, Brasília. § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;
II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

⁸⁹ GIUSTINA, 1991, p. 151-152

⁹⁰ Ibid., p. 152

⁹¹ Ibid., p. 152

Acerca do exposto, numa visão mais generalizada sobre o assunto, Frota expõe que a “causalidade disjuntiva é um expressivo exemplo de desindividualização da responsabilidade, afastando-se de uma tutela exclusivamente individual e acolhendo uma tutela coletiva para fato(s) danoso(s) que atingem uma pluralidade de pessoas.”⁹²

Apesar do exposto, Tepedino faz uma ressalva que se faz de suma importância. O autor apresenta a concepção de que

Nos casos de causalidade alternativa, sem a prévia definição do vínculo de necessariedade entre o fato jurídico coletivo, tomado como causa única, e o dano, não surgirá dever de reparar. Se é certo que deixar a vítima sem indenização é resultado desconfortável, mais grave ainda seria atribuir responsabilidade a quem não se encontra vinculado ao fato desencadeador do resultado danoso.⁹³

Por fim, verifica-se que, no ordenamento pátrio, inexistente previsão legal acerca da causalidade alternativa de forma geral. Contudo, como se verá no capítulo 3, a jurisprudência já se pronunciou acerca do assunto. Ademais, o Brasil, ainda que não possua regulamentação legislativa, não ficou alheio às mudanças sociais, devendo buscar na doutrina norte para a aplicação da teoria abordada. Neste viés conclui Della Giustina que:

A socialização da indenização, característica da era moderna, especialmente quando os fatos danosos devem ser imputados não a indivíduos isolados mas a conjuntos de homens, aconselha a adotar-se linha legislativa, doutrinária e jurisprudencial voltada para a aplicação dos princípios da causalidade alternativa, à semelhança dos países europeus do sistema romano-germânico.⁹⁴

⁹² FROTA, 2014, p. 111

⁹³ TEPEDINO, 2011, p. 288

⁹⁴ GIUSTINA, 2011, p. 159

2. APLICAÇÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO

Agora, tendo em mente os conceitos básicos que permeiam a causalidade alternativa, cabe analisar como a teoria é abordada em diferentes ordenamentos jurídicos. Selecionou-se os ordenamentos que mais se aproximavam do brasileiro, com o fim de maximizar a possibilidade de comparação entre as aplicações avaliadas. Dentre estes, dois grandes Estados destacam-se como expoentes do sistema romano-germânico, a França e a Alemanha. Além destes, o ordenamento português e o espanhol também possuem similitudes com o ordenamento pátrio.

2.1 Direito Francês

Sabendo que o Código Civil Francês é, por muitos, considerado a mais importante fonte de inspiração para os diplomas modernos, sobretudo os códigos latinos, cabe-nos analisar a resposta dada pelos franceses ao problema da causalidade alternativa. Neste sistema a responsabilidade subjetiva foi aos poucos sendo mitigada pela aplicação de inovações jurídicas, muito embora permaneça forte, ele não será aplicado, quando a reparação do dano fique garantida pela aplicação de outra regra.⁹⁵

Em linhas gerais, o fenômeno observado é “que o direito moderno não visa o autor do fato, mas a vítima. O que pretende é a reparação, pouco importando que o magistrado censure ou aprove o ato, que foi causa do dano e que a culpa seja ou não estabelecida. O prejuízo não pode ser tolerado.”⁹⁶

Porém, o que se observa na análise do desenvolvimento histórico da interpretação jurisprudencial da causalidade na França demonstra que até os anos 1950 os Tribunais rejeitavam a tentativa de condenação de um determinado grupo, sendo desconhecido qual membro deste grupo fosse o verdadeiro autor do dano. Dois casos clássicos são citados neste período histórico, o dos caçadores que vem a ferir um terceiro caçador, desconhecendo-se

⁹⁵ Ibid, p. 83

⁹⁶ Ibid, p. 8.

quem disparou o tiro nocivo. O outro seria o caso dos participantes de um jogo de futebol na rua que chutam a bola em uma vidraça e acabam machucando alguém com os estilhaços.⁹⁷

Esta fase histórica foi encabeçada pela doutrina dos irmãos Mazeaud, que defendiam a exigência da configuração do elemento culpa para que houvesse responsabilização dos membros de um determinado grupo, além disto, exigiam também que o agente que agiu com culpa houvesse causado o dano. A lógica utilizada para a condenação solidária no caso dos caçadores não era aceita pelos irmãos, pensando estes que a condenação de um indivíduo que não foi causador do ato seria um equívoco. O civilista Lalou também se filia a esta doutrina, exigindo três requisitos para a condenação solidária: que a culpa comum esteja comprovada; que entre cada culpa e a totalidade da lesão exista uma relação direta e necessária; e que seja requerida a solidariedade.⁹⁸

Apesar da força da tese proposta pelos irmãos Mazeaud, que inclusive defendiam que “a punição coletiva está na linha totalitária, não figura entre as tradições francesas, existe lá uma regra elementar de justiça”⁹⁹, surge uma segunda fase na jurisprudência francesa, que perpassa os anos de 1955 até 1966. Nesta nova etapa, os julgadores se esforçam para fazer surgir as condições habituais para caracterização da responsabilidade civil, sem contudo, trazer consigo novos princípios. Dessa forma, ao desconhecer o agente direto do dano, se buscava uma culpa anterior que pudesse impor ao conjunto de indivíduos uma responsabilização. Essa culpa anterior consistia normalmente em uma ausência de precauções adequadas para evitar o dano.¹⁰⁰

Nesta segunda fase, nota-se, porém, novamente a primazia do elemento culpa. Tomando como exemplo o clássico caso dos caçadores, passou-se a exigir a demonstração da culpa de todos em atirar em uma direção dada. Desta forma, a superação da tese liberal e individualista passou a se construir, caminhando para uma ideia de responsabilidade do grupo.¹⁰¹ Dentre as fórmulas apresentadas neste período para resolver a dicotomia em questão, destaca-se que:

a vítima sofre não só a dificuldade oriunda da lesão, mas também, a impossibilidade de fazer a prova da causalidade, que lhe incumbe normalmente. Os caçadores, assim, por tiros simultâneos, culposamente destruíram o meio de prova da vítima, porque é certo que se só um houvesse atirado, esta relação de causalidade seria facilmente

⁹⁷ Ibid, p. 85

⁹⁸ Ibid, p. 86-88

⁹⁹ VINEY apud GIUSTINA, 1991, p. 89

¹⁰⁰ LAFUENTE, 2005, p. 34-37

¹⁰¹ GIUSTINA, 1991, p. 91

demonstrada. Desta culpa comum resulta o outro prejuízo, que os autores devem reparar. A mais exata e adequada consequência é inverter o ônus da prova: a vítima será dispensada de toda outra prova que não aquela do tiro simultâneo!

A culpa se materializa no tiro simultâneo o prejuízo na impossibilidade de provar a relação de causalidade.¹⁰²

Acompanhando esta evolução, o jurista Aberkane passa então a se preocupar na identificação do grupo de potenciais causadores do dano. Este grupo teria de possuir certas características fundamentais para a atribuição da responsabilidade solidária aos seus membros. Destaca o autor que é necessária a existência de uma vontade comum perante o grupo, ainda que não organizada, que pode ser compreendida em dois eixos: o material, consistente na atividade empregada; e outro subjetivo, guiado pelos fins desejados pelo grupo. Acrescenta ainda, que caso estes elementos não estejam presentes, é preferível que se sacrifique a reparação da vítima.¹⁰³

Atualmente, nota-se que ainda persiste uma ausência de uma norma geral que defina os contornos da causalidade alternativa na legislação francesa. Apesar disto, observa-se clara tendência favorável tanto da doutrina como da jurisprudência. A melhor doutrina francesa defende a exigência de que o autor comprove tão somente que a lesão tenha resultado do comportamento de um dos membros de um determinado grupo, passando então estes a serem responsáveis solidariamente pela reparação.¹⁰⁴

Existem ainda alguns dispositivos legais específicos para certas atividades de onde depreendemos a responsabilidade civil de um grupo. Um dos exemplos encontra-se no artigo 1734¹⁰⁵ do Código Civil, este nos traz que são responsáveis solidariamente todos os co-locatários com relação ao proprietário, quando a origem do fogo permanecer desconhecida.¹⁰⁶

A aplicação no direito francês, desta forma, demonstra claro alinhamento com as teorias progressistas da responsabilidade civil, visando a socialização dos danos. Ainda, colhe-se da doutrina:

¹⁰² Ibid, p. 95

¹⁰³ Ibid, p. 97

¹⁰⁴ LAFUENTE, 2005, p. 39

¹⁰⁵ FRANÇA, Lei 1803-03-05, de 1803. Code Civil.

Article 1734

S'il y a plusieurs locataires, tous sont responsables de l'incendie, proportionnellement à la valeur locative de la partie de l'immeuble qu'ils occupent ;

A moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-là seul en est tenu ;

Ou que quelques-uns ne prouvent que l'incendie n'a pu commencer chez eux, auquel cas ceux-là n'en sont pas tenus.

¹⁰⁶ GIUSTINA, 1991, p. 98

“Fala-se nestes casos de ‘culpa coletiva’ ou ‘culpas conexas’

MM. Geneviève Viney critica o fundamento doutrinário para estas soluções e sublinha que os Tribunais podem criar presunções.

Afirma que se o autor trouxe a prova de que todas as condições da responsabilidade estão reunidas contra um número ideal do grupo ao qual ela se endereça, os tribunais entendem que isto é suficiente. E a cada um deles, se quiserem se exonerar. Impõe-se provar que não cometeu o fato danoso ou que um outro o cometeu.”

O argumento é interessante.

A questão se restringiria simplesmente a um problema de presunção, isto facilita as coisas, mas será esta uma solução?¹⁰⁷

Assim, nota-se que a exigência dos tribunais franceses resume-se em exigir do lesado a prova do dano, e levar a juízo todos os indivíduos suscetíveis a produzir o dano. Desta forma caberá aos réus modificar a presunção de que estes causaram o dano.¹⁰⁸

Recentemente, no de 2009, dois senadores franceses, Alain Anziani e Laurent Béteille apresentaram o chamado *rapport d’information* nº 558, trabalho este resultante de um grupo de pesquisa sobre o instituto da responsabilidade civil formado pela *Commission des lois constitutionnelles de législation, du suffrage universel, du règlement et d’administration générale*, do Senado Francês. Este estudo destacou que existe a necessidade de uma reestruturação “da responsabilidade civil, observando-se três imperativos: consolidar a jurisprudência, esclarecer alguns pontos controvertidos e integrar certas inovações ao regime jurídico atual”¹⁰⁹

Dentre as 28 recomendações, que abordaram os mais diversos temas da responsabilidade civil dando sinal verde para inovações jurídicas, porém em sua maioria alheios ao presente objeto de estudo, destaca-se a recomendação número 14, que, em tradução livre, nos traria: “Evitar a generalização de uma responsabilidade solidária dos membros conhecidos de um grupo por um dano causado por um membro indeterminado deste grupo”¹¹⁰. Ao contrário de outras teses que foram acolhidas, como o *duty to mitigate the damage*, o Senado Francês demonstrou-se incomodado com a aplicação da causalidade alternativa.

¹⁰⁷ COUTO E SILVA apud GIUSTINA, 1991, p. 100

¹⁰⁸ GIUSTINA, 1991, p. 102-103

¹⁰⁹ SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto; PAULINO, Daniella Bernucci. O futuro da responsabilidade civil. Análise do rapport d’information nº. 558, submetido ao senado francês, e seus possíveis reflexos sobre o direito civil brasileiro. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2012, p. 412.

¹¹⁰ FRANÇA, Rapport D’information nº 558, de 15 de janeiro de 2009. Paris.

Recommandation nº 14 – Éviter la généralisation d’une responsabilité solidaire des membres identifiés d’un groupe pour un dommage causé par un membre indéterminé de ce groupe.

Na fundamentação da recomendação, nota-se que inicialmente pensou-se em generalizar as hipóteses normalmente utilizadas na teoria da causalidade alternativa pelos tribunais franceses (notadamente atividades que envolvem o lazer, como a caça e esportes coletivos como já fora mencionado anteriormente). Porém, a reação dos envolvidos foi desfavorável, sendo que a preocupação de alguns residiu no receio de que hajam limitações em certas liberdades públicas, como o direito de greve e de manifestação. Desta forma, manifestou-se a comissão pela manutenção da aplicação restritiva da presente teoria nos tribunais franceses.¹¹¹

2.2 Direito Alemão

Diferentemente da interpretação francesa, os alemães optaram por legislar sobre a matéria da causalidade alternativa. Prevê o § 830¹¹² que “Se mais de uma pessoa tiver causado danos por um ato ilícito conjunto, cada um deles é responsável pelo dano. O mesmo aplica-se se não é possível estabelecer quem, dentre os vários envolvidos, causou o dano por sua ação.”¹¹³

Ou seja, o dispositivo acima citado somente irá gerar a responsabilidade solidária dos possíveis causadores do dano, quando não seja possível determinar qual dos concorrentes foi o verdadeiro responsável pela lesão, ou caso seja viável a aferição das porções do dano causadas por cada partícipe.¹¹⁴ Ainda sobre a segunda parte do dispositivo destaca-se que esta aborda

a hipótese de várias pessoas interessadas em uma mesma ação, mas que não a realizaram conjuntamente, de tal sorte que pelo direito comum, elas deveriam responder individualmente. Ora, supondo que não se possa descobrir quem foi o autor do dano e se admitindo que todos participaram no todo ou em parte em um ato

¹¹¹ SAMPAIO JUNIOR E PAULINO, 2012, p. 414-415

¹¹² ALEMANHA, Bürgerliches Gesetzbuch, de 18 de agosto de 1896

§ 830 Mittäter und Beteiligte

(1) Haben mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den Schaden verantwortlich. Das Gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat.

(2) Anstifter und Gehilfen stehen Mittätern gleich.

¹¹³ MONTEIRO, Cassia Gomes da Silva. Responsabilidade Civil - Causalidade Alternativa. 2014. 49 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Porto, Porto, 2014, p. 10

¹¹⁴ GIUSTINA, 1991, p. 105

de imprudência, do qual se originou o dano, o art. 830 os declara solidariamente responsáveis.¹¹⁵

O renomado jurista Karl Larenz debruçou-se sobre a teoria em questão, afirmando que para a caracterização do grupo não seria necessário um prévio acordo entre os mesmos, bastando eles que integrem um fenômeno unitário. Ainda, nos traz o seguinte exemplo:

quando vários participam de uma briga ou insolentemente atiram pedras pela ladeira de uma rocha, e, se da briga não se puder determinar qual dos partícipes lesionou com uma pedrada ou quase mesmo matou uma pessoa, todos responderão pelo fato, porque é certo que este foi praticado por um deles.

Só não será responsabilizado, todavia, o que lograr provar que não poderia ser o possível causador do dano, se, por exemplo a lesão sobreveio a uma facada, e o partícipe, em questão, era o único que não portava qualquer arma branca, pondera Larenz.¹¹⁶

Hedemann, por sua vez, compartilha em parte do posicionamento de Larenz, entendendo que a participação em uma conduta perigosa gera a responsabilidade solidária do indivíduo. Por este viés, a fundamentação ontológica da teoria estaria calcada na reprovabilidade da participação em condutas que possam causar danos a outrem, sendo assim, formas de reponsabilidade por risco da conduta.¹¹⁷

Tece apontamentos sobre o dispositivo supracitado do Código Civil alemão o jurista Clóvis do Couto e Silva:

a jurisprudência alemã exigia, para a aplicação do art. 830, a existência de um fato unitário nos seus elementos objetivos, temporais e espaciais.

Mas, face à realidade moderna ela aliviou a coexistência de todos esses elementos. Ela pressupõe, para a aplicação do precitado art. 830, que a relação entre as pessoas que causaram o dano não seja simplesmente ocasional; enfim, que exista um laço de homogeneidade de riscos, segundo os dados da vida prática.¹¹⁸

Lafuente, em seus ensinamentos, aponta quatro requisitos para a aplicação da causalidade alternativa no ordenamento alemão, sendo eles: 1) que várias pessoas hajam cometido independentemente uma conduta perigosa para a esfera jurídica da vítima; 2) que um dos atos perigosos cometidos pelo grupo de pessoas acionado tenha efetivamente produzido o dano; 3) a necessidade de que o ato de qualquer das pessoas do grupo

¹¹⁵ Ibid, p. 106

¹¹⁶ Ibid, p. 108

¹¹⁷ Ibid, p. 111.

¹¹⁸ COUTO E SILVA apud GIUSTINA, 1991, p. 114.

potencialmente tenha ocasionado a lesão; 4) a indispensabilidade de que seja desconhecida a identidade do verdadeiro autor do prejuízo.¹¹⁹

O primeiro requisito, segundo Deutsch, gera a responsabilidade solidária pois o grupo ao coletivamente gerar uma situação perigosa para a vítima gera uma dificuldade da mesma em produzir as provas para exercer efetivamente o seu direito ressarcitório. Desta feita, segue o autor, é mais justo que os responsáveis que atuaram perigosamente respondam solidariamente, do que deixar a vítima sem saídas.¹²⁰

A antiga corte suprema da Alemanha, *Reichsgericht*, não aceitava a responsabilidade solidária do indivíduo que participou potencialmente da causação do risco, exigindo-se uma conduta antijurídica e culposa do agente. Porém, seguindo a melhor doutrina alemã, a nova corte suprema – *Bundesgerichtshof* (BGH), fundada 5 anos após a queda do terceiro *Reich* – entendendo também que a finalidade do dispositivo legal deve ser a proteção da vítima, passou a admitir a solidariedade dos potenciais agentes causadores do risco.¹²¹

Exemplificando este entendimento, podemos citar a sentença proferida pela BGH em 24 de janeiro de 1984. Neste caso, vários manifestantes se reuniram para protestar contra a construção de uma usina nuclear na cidade de Grohnde. Houve confronto com a polícia no canteiro de obras da usina, resultando em vários danos à polícia. Os organizadores da manifestação haviam cogitado a possibilidade do emprego de força, porém muitos dos manifestantes que aderiram à causa não tinham este pensamento. Por isto, a corte suprema condenou somente os organizadores e aqueles que haviam se juntado com os manifestantes violentos, absolvendo os demais que não se envolveram com os manifestantes que promoviam a violência.¹²²

Prosseguindo nos requisitos, o segundo ponto nos traz que um dos atos perigosos realizados pelo grupo de pessoas demandadas tenha produzido efetivamente a lesão. Assim, estariam excluídos os danos que também poderiam ter sido causados por fenômenos naturais, ou quando a própria vítima aparece como potencial causadora do dano, sendo que neste último caso a opinião majoritária tenderá a analisar uma concorrência de culpas ponderando a condenação.¹²³

¹¹⁹ LAFUENTE, 2005, p. 43

¹²⁰ Ibid, p. 43

¹²¹ Ibid, p. 44

¹²² Ibid, p. 45

¹²³ Ibid, p. 45

O terceiro requisito, que qualquer das pessoas do grupo possa ter causado o dano, também é chamado de causalidade potencial e, segundo Belling e Eberl-Borges, deve adequar-se as hipóteses de reponsabilidade subjetiva – demonstrando um ato ilícito e culpável – e nos casos de responsabilidade calcados no risco da atividade, deve demonstrar-se a situação de risco criada, bem como os requisitos necessários, já que não há um requisito unitário e estático a estes.¹²⁴

O último requisito para aplicação da causalidade alternativa no direito alemão, que nos é trazido pela autora, já foi reforçado algumas vezes no presente estudo, a necessidade de não se determinar quem realmente causou o dano. Tal requisito beira a obviedade, se poderíamos determinar qual dos membros foi o efetivo causador da lesão, não haveria de responsabilizar-se o grupo envolvido.

Em um primeiro momento, os magistrados alemães bem como parte da jurisprudência exigiram que as ações do grupo possuísem uma unidade espaço-temporal, algo como se fosse um acontecimento unitário, condicionando a condenação dos demandados a uma simultaneidade das ações. Tal tese acabou sendo relevada através dos anos, sendo que em um momento posterior criou-se então um requisito subjetivo de que os possíveis causadores do dano se conhecessem, deveriam se conhecer ou possuíam o conhecimento da atividade dos outros indivíduos.¹²⁵

Ocorre que a doutrina recente se posiciona de forma contrária a estes requisitos adicionais. Sendo o requisito da simultaneidade rechaçado por não estar previsto no artigo 830, e mesmo atos que não ocorrem simultaneamente podem gerar a dificuldade probatória que o referido artigo pretende extirpar. Já o requisito subjetivo é afastado pois a mera participação em um ato potencialmente ofensivo a esfera jurídica de outrem já ensejaria a sua responsabilização solidária.¹²⁶

Desta forma, nota-se que a preocupação do legislador e do julgador alemão volta-se ao ato antijurídico e culposos, ou a criação do risco. Sendo a solução apresentada a presunção do nexo causal, por a vítima estar em uma situação extremamente dificultosa para a produção de tal prova.¹²⁷

¹²⁴ Ibid, p. 45

¹²⁵ Ibid, p. 46

¹²⁶ Ibid, p. 47.

¹²⁷ Ibid, p. 49

2.3 Direito Espanhol

No direito espanhol, assim como no direito francês, não há um texto legal que defina a causalidade alternativa de forma genérica, apenas a aplicação esparsa em casos específicos. Como nos exemplos anteriormente citados, a doutrina espanhola segue a tendência e se divide entre aqueles que admitem a compensação por darem mais importância à reparação do dano causado, e outros que são contrários a responsabilização dos grupos por se filiarem a correntes clássicas da responsabilidade civil. A jurisprudência segue a doutrina, e possui uma divisão entre as duas correntes, embora trilhe caminhos que são mais favoráveis à responsabilização dos membros do grupo que tenham vinculação com a causação do dano.¹²⁸

Assim como em outros ordenamentos, a evolução da teoria da causalidade alternativa começa a partir da quebra dos paradigmas liberais individualistas que norteavam a responsabilidade civil da época. Como em outros sistemas, se primava pela culpabilidade do indivíduo para que fosse imposta a indenização, não se cogitava uma forma de reparação sem que o agente tivesse causado o dano de forma direta.¹²⁹

Seguindo a evolução da responsabilidade civil que guiou tantos outros sistemas jurídicos de outros países, a responsabilidade civil passa a voltar os olhos para a vítima. Cita-se neste momento o princípio do *pro damnato*, onde havendo dúvidas sobre o caso concreto, o julgador deverá se nortear de forma a visar a reparação integral da lesão, visando o retorno ao *status quo ante*. Nesta esteira, a aplicação da causalidade alternativa passou a ganhar força.

Conforme os ensinamentos de Lafuente, o problema da indeterminação do agente causador do dano ser considerado apenas como um caso fortuito, deixando a vítima sem uma resposta do Judiciário, não parece uma solução justa. Crê a autora, mesmo que não haja fundamentação expressa no artigo 1.902 do Código Civil Espanhol¹³⁰, que o fundamento para a reparação dos danos causados pelo indivíduo indeterminado dentro de um grupo deve se guiar pelo ideal de justiça.¹³¹

¹²⁸ Ibid, p. 21-22

¹²⁹ Ibid, p. 22

¹³⁰ ESPANHA, Decreto Real, de 24 de julho de 1889. Código Civil
Artículo 1902

El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado

¹³¹ LAFUENTE, 2005, p. 23

O primeiro dos autores espanhóis que abordou o tema da causalidade disjuntiva foi Pantaleón Pietro, no ano de 1981. O jurista se posiciona de forma contrária à condenação de todos os membros de um grupo, elencando que esta não seria a intenção do legislador ao não positivar tal intenção, tendo somente incluído no código espanhol o clássico caso da *actio effusis et dejectis*. Ademais, fundamenta tal posicionamento no princípio do *in dubio pro reo*.¹³²

Posteriormente, o jurista De Ángel Yagüez abordou o presente tema, visando aclarar a discussão doutrinária. Para ele, a relação de causalidade que está analisando-se não é aquela do ato lesivo para com o dano, e sim aquela relacionada aos atos perpetrados pelos indivíduos do grupo que geraram uma conduta comum a todos, e nesta relação causal que se aplicariam as presunções. Tal tese encontra-se calcada na geração de um risco coletivo pelo grupo, estejam os autores reunidos consabidamente ou de forma espontânea. Complementando tal tese, Díez-Picazo inclui a necessidade de demonstrar-se que os riscos gerados pela ação do grupo potencializaram os perigos que normalmente se espera das coisas da vida, ou seja, criaram um risco especial que potencialmente ofenderia a esfera jurídica da vítima.¹³³

Lafuente, por sua vez, conclui:

El punto de partida obligado para abordar el problema del daño causado por un sujeto indeterminado de un grupo debe ser la función de la responsabilidad civil en nuestros días, por obra de la jurisprudencia y en buena medida por la propia Ley. En este sentido hay que tener en cuenta la repetida idea de que las normas de la responsabilidad civil tienen una finalidad esencialmente reparadora y, aunque no se las puede desvincular del todo de la noción de culpa, que sigue estando en lo más profundo de sus raíces, su función primordial es la de restablecer el bien lesionado por el hecho dañoso. No persiguen el castigo de los actos injustos, sino la indenización de los daños injustos.¹³⁴

Ainda, a autora defende a possibilidade de responsabilização utilizando-se da teoria da causalidade alternativa, não somente para evitar-se a criação de um mecanismo de fuga da responsabilidade pela ação feita anonimamente dentro de um grupo, mas para evitar-

¹³² Ibid, p. 72

¹³³ Ibid, p. 74-75

¹³⁴ Ibid, p. 77. Em tradução livre: O ponto de partida para abordar-se o problema do dano causado por um sujeito indeterminado de um grupo deve ser a função da responsabilidade civil nos dias de hoje, por parte da jurisprudência e em boa medida pela própria lei. Neste sentido temos que considerar a ideia de que as normas de responsabilidade civil tem uma finalidade essencialmente reparadora, e, embora não se pode desvinculá-las da noção de culpa, que segue sendo uma de suas raízes, sua função primordial é a de ressarcir o bem lesado pelo fato lesivo. Não se objetiva o castigo dos atos injustos, mas a indenização dos danos injustos.

se a injustiça de deixar a vítima sem reparação tão somente por que o indivíduo que atua de forma lesiva esconde-se dentro de um determinado grupo de pessoas.¹³⁵

Prosseguindo para os pressupostos de aplicação, Lafuente define quatro características: 1) que o autor do dano não esteja individualizado; 2) que os responsáveis façam parte de um grupo; 3) o dano deve resultar de um grupo que atua criando risco à esfera jurídica da vítima, seja tal ato lícito ou ilícito; 4) o ressarcimento pode ou não ser integral.¹³⁶

Os requisitos em muito se assemelham aqueles trazidos quando da análise do direito alemão. O primeiro deles dispensa maiores comentários, existindo a possibilidade de imputar-se as ações lesivas ao(s) membro(s) envolvido(s), não há necessidade de utilizar-se a teoria da causalidade disjuntiva para alcançar a reparação da vítima.

O segundo e o terceiro requisito são de vital importância, já que percebemos certa variação no critério utilizado para definir a figura do coletivo a ser responsabilizado. Porém, este ponto não foi objeto de grande debate na doutrina espanhola. Há unanimidade em considerar responsável o grupo que atua em acordo de vontades, ou aquele que a lei considera responsável pelo risco gerado pela atividade que exercem, ou pelos benefícios que percebem pela mesma.¹³⁷

Alguns autores espanhóis defendem que o grupo de pessoas que se reúne de forma accidental e desarticulado não deve responder pelas ações individuais do agente que atua de forma lesiva. Porém, Lafuente defende a possibilidade de responsabilização mesmo que ocorra o mero encontro de fato, no tempo e espaço, sem vontade de reunirem-se, caso ocorram as condições de imputação para cada um dos atuantes.¹³⁸

Estas condições de imputação, para Lafuente, devem seguir o critério de identificação do grupo. Caso o fator que venha a identificar o grupo seja a criação de um risco, deverá se provar que todos os participantes deste grupo contribuíram para criá-lo, caso seja um fator subjetivo, deverá provar-se a culpa envolvida na ação de cada qual. Desta forma, deverá provar também a relação de causa e efeito entre o dano e os membros do grupo.¹³⁹

¹³⁵ Ibid, p. 89

¹³⁶ Ibid, p. 89-90

¹³⁷ Ibid, p. 90

¹³⁸ Ibid, p. 91

¹³⁹ Ibid, p. 93

Por fim, sobre o último requisito já se posicionou o Supremo Tribunal da Espanha, aduzindo que não se pode alegar litisconsórcio passivo necessário caso falte algum membro do grupo na demanda. Podendo, ainda, que ocorra o chamamento ao processo, pela integração voluntária do participante do grupo, pela alegação de algum demandado com a aquiescência da vítima, ou de ofício pelo juiz. Caso haja participação da vítima na causação do dano, esta será calculada proporcionalmente para diminuir-se da indenização a ser apurada, havendo concurso de causas entre vítima e os possíveis autores.¹⁴⁰

2.4 Direito Português

Não existe no Código Civil Português dispositivo que trate da causalidade alternativa. Desse modo, verifica-se que ainda que a responsabilização solidária encontra-se em seu artigo 497¹⁴¹, o Código lusitano não aborda questões referentes à possibilidade de abranger o conceito de nexa causal.¹⁴²

No entanto, entende Monteiro que a não responsabilização nos abrangidos pela causalidade alternativa, pela simples ausência de legislação expressa, “significaria privilegiar o efetivo lesante e aqueles que tornaram a vítima vulnerável ao dano em razão de, de algum modo, a ter envolvido em um ambiente de risco”¹⁴³ Monteiro ainda problematiza a questão afirmando que

Ainda, dificultando a possibilidade de reparação de danos nos casos de causalidade alternativa, conforme extraído dos artigos 483^{o144} e 563^{o145} do Código Civil, um dos

¹⁴⁰ Ibid, p. 99

¹⁴¹ PORTUGAL. Decreto-lei nº 47344, de 1966. Código Civil. Artigo 497.º

(Responsabilidade solidária)

1. Se forem várias as pessoas responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade.

2. O direito de regresso entre os responsáveis existe na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advieram, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis.

¹⁴² FROTA, 2014, p. 13

¹⁴³ MONTEIRO, 2014, p. 9

¹⁴⁴ PORTUGAL, 1966

Artigo 483.º

(Princípio geral)

1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.

2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.

¹⁴⁵ Ibid.

Artigo 563.º

(Nexo de causalidade)

requisitos para que haja reparação do dano é a existência de nexo de causalidade entre um facto imputado ao agente e a lesão. Em outras palavras, para que surja o dever de indemnizar é necessária a comprovação de que a conduta de alguém (ou a omissão em determinadas situações) é a causa do dano.¹⁴⁶

Como aduzido pelo artigo 563, o nexo causal é um pressuposto da responsabilidade civil. Assim, em regra, para que haja responsabilização existe a necessidade de se comprovar a ligação entre a conduta do agente e o dano. Cumpre ressaltar, neste momento, que em Portugal “a teoria da causalidade adequada é defendida por grande parte da doutrina (...), além de ser seguida largamente pela jurisprudência.”¹⁴⁷ Nesse sentido, deduz Monteiro que

Embora a teoria da causalidade adequada não preceitue expressamente que há possibilidade de haver nexo causal entre a conduta dos prováveis lesantes e a lesão, poderá não afastar tal possibilidade se partirmos do pressuposto que:

- 1) De certa forma, a conduta dos prováveis lesantes não é indiferente ao dano haja vista que todas elas colocaram o lesado em risco ou aumentaram o risco já existente para produção da lesão; e
- 2) Há grande probabilidade das condutas dos mesmos terem originado o dano.¹⁴⁸

Diante desses argumentos, a autora supracitada entende que o requisito imposto pelo artigo 563 do Código Civil Português estaria preenchido caso o lesado fizesse prova dos pontos 1 e 2 mencionados. Logo, a teoria da causalidade alternativa não estaria distante da realidade jurídica portuguesa.¹⁴⁹

Ainda, preceitua que no tocante ao direito ambiental existe previsão de flexibilização da prova do nexo de causalidade, conforme preceitua o artigo 5º do Decreto-Lei nº 147/2008. Infere-se que

O mesmo estipula que a apreciação da prova do nexo de causalidade assenta num critério de verosimilhança e de probabilidade de o facto danoso ser apto a produzir a lesão verificada, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e considerando, em especial, o grau de risco e de perigo e a normalidade da acção lesiva, a possibilidade de prova científica do percurso causal e o cumprimento, ou não, de deveres de protecção.¹⁵⁰

A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.

¹⁴⁶ MONTEIRO, 2014, p. 7

¹⁴⁷ Ibid., p. 16

¹⁴⁸ Ibid., p. 18

¹⁴⁹ Ibid., p. 17-18

¹⁵⁰ Ibid., p. 28

Ou seja, verifica-se que o legislador lusitano não exclui os requisitos de responsabilização civil, no entanto, atenuou a prova do requisito do nexo causal, visto que sua formalidade, em alguns casos, como o ambiental, pode inviabilizar a reparação do dano.¹⁵¹

Ademais, Monteiro entende que analogicamente “é possível, interpretar o artigo 5º do Decreto-Lei nº 147/2008 nesse sentido, aplicando as atenuantes da prova também nos casos de causalidade alternativa.”¹⁵² Assim, em uma situação de causalidade alternativa, provando-se a possibilidade dos agentes terem criado um risco de dano haveria dever de indenizar. Ao final, Monteiro afirma:

Concluimos, assim, que o artigo 5o do Decreto-Lei n.o 147/2008 pode ser aplicado analogicamente (analogia legis) aos demais casos de causalidade alternativa. Assim, bastará a vítima do dano em situações de causalidade alternativa além do âmbito do meio ambiente, para fazer prova do nexo causal, demonstrar:

- 1) A dificuldade de provar quem é o efetivo causador do dano;
- 2) O grupo de prováveis agentes e suas respectivas condutas passíveis de produzir a lesão, isto é, a conduta de cada agente e o risco criado/aumentado pelas mesmas.¹⁵³

Assim como no direito ambiental, o direito do consumidor, principalmente quanto à responsabilidade civil do produtor, mostra dificuldade em demonstrar o agente causador do dano. O direito lusitano, nesse sentido, prevê responsabilidade objetiva nesses casos.

No entanto, o Decreto-Lei n.o 383/89 não nos conduz a uma solução expressa para o problema da causalidade alternativa – haja vista que a dificuldade neste tema é não só provar a culpa do lesante, mas sobretudo demonstrar quem foi o efetivo causador do dano. Desta forma, não temos nesta esfera dispositivos legais para interpretação ou aplicação analógica.¹⁵⁴

Apesar do exposto, a doutrina portuguesa entende que as provas devem ser flexibilizadas quando o lesado demonstrar a probabilidade de que o demandado seja o causador da lesão, levando a uma presunção de causalidade. Logo, o risco não corria por conta da vítima, no caso, do consumidor. Haveria, portanto, uma inversão do ônus da prova, cabendo ao produtor provar que os danos não são provenientes de seu produto.¹⁵⁵

¹⁵¹ Ibid., p. 30

¹⁵² Ibid., p. 30

¹⁵³ Ibid. p. 30

¹⁵⁴ Ibid. p. 32

¹⁵⁵ Ibid. p. 32

Ademais, cumpre ressaltar que o Código Civil Português prevê em seu artigo 493º/2¹⁵⁶ a inversão do ônus da prova em casos de atividade perigosa. Portanto, possível se faz a interpretação extensiva deste artigo para as hipóteses de causalidade alternativa que envolvam atividades perigosas.¹⁵⁷

Denota-se, portanto, que apesar de existir legislação esparsa, e até alguns dispositivos dentro do Código Civil Português que atenuam a ligação entre a ação do agente e o dano (nexo de causalidade), nenhum deles supre uma abordagem sobre a causalidade alternativa. Contudo, através da interpretação extensiva e da analogia é possível valer-se da teoria no julgamento de casos concretos.

¹⁵⁶ PORTUGAL, 1966

2. Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir.

¹⁵⁷ Op. Cit. p. 34-35

3. APLICAÇÃO NO DIREITO PÁTRIO

Nota-se do exposto que a legislação brasileira não trata de maneira expressa a teoria da causalidade alternativa em seus dispositivos, contudo existe a previsão da responsabilização solidária. Frota demonstra que

Legislações especiais e outros Códigos Civis, como o brasileiro, não tratam especificamente do tema, mas acolhem a responsabilização solidária por danos praticados por mais de um agente, como posto no art. 942, segunda parte e parágrafo único, do CC e art. 7.o, parágrafo único, do CDC (LGL\1990\40), arts. 1.o, 3.o, 14 e 19 da Lei 10.671/2003 (Estatuto do Torcedor), entre outros dispositivos.¹⁵⁸

A jurisprudência, no entanto, já se pronunciou acerca do tema. O professor Clóvis do Couto e Silva aduz que "não se pode dizer que a jurisprudência brasileira tenha sempre admitido a causalidade alternativa. (...) Mas há decisões da Corte Suprema nesta matéria como de certos Tribunais de Estados federados."¹⁵⁹ Percebe-se, recentemente, contudo, que "os tribunais têm acolhido a ideia de causalidade disjuntiva como equivalente da responsabilidade do grupo, sendo sempre necessária uma relação de causalidade, até porque é uma hipótese de presunção de causalidade."¹⁶⁰

Desse modo, impende analisar, neste momento, alguns casos já tratados pelo Poder Judiciário pátrio. Tratar-se-á de alguns casos clássicos e a aplicação mais recente pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos Tribunais dos estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

3.1 Caso dos pinheiros

O caso envolve várias empresas que trabalhavam com o corte de árvores, sendo que operavam sucessivamente no tempo. Ocorre que houve um abate superior ao permitido e

¹⁵⁸ FROTA, 2014, p.10

¹⁵⁹ COUTO E SILVA apud GIUSTINA, 1991, p. 127

¹⁶⁰ Op. Cit, p. 11-12

com bitola inferior àquelas acertadas contratualmente. No entanto, em razão de as operações ocorrerem de forma sucessiva, impossível saber quem tinha abatido o excedente.¹⁶¹

No acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se deu provimento a apelação, reformando a decisão originária. O voto do desembargador Niro Teixeira Souza enfeixa a fundamentação acordada em colegiado. O fundamento apresentado adequa-se a teoria da causalidade alternativa, visto que implica em responsabilização de um grupo, mesmo não se podendo saber quem de fato praticou o ato lesivo.¹⁶²

Do texto do voto supracitado infere-se que o fato do abate excessivo de pinheiros e com bitola inferior ao contratado foi verificado em perícia. "Em face dessa conclusão pericial, corroborada pelos outros elementos (...) verifica-se que realmente procederam irregularmente as firmas que adquiriram o pinheiral dos antecessores dos autores".¹⁶³

Ainda, o douto julgador ao tratar da questão da solidariedade aduziu que "enquanto não se puder delimitar a responsabilidade individual de cada uma delas, solidariamente devem elas ser responsabilizadas, nos termos do artigo 904¹⁶⁴ do Código Civil."¹⁶⁵ Assim está ementado:

Venda de pinheiros - número certo - Réus que, comprovadamente cortaram a mais - Dever de indenizar - Desconhecendo-se qual dos réus praticou o ilícito, há solidariedade - arts. 904 e 1.518 do Código Civil - Agravo no auto do processo desacolhido, procedência parcial da ação.

Apelação Cível nº 21.062 - 3ª Câmara Cível, Porto Alegre - Arão Brilmann, 1º Apelante Sibisa S. Birman S/A Ind. e Com. 2º Apelante Milton Nascimento Pereira de Carvalho e Outros, 3º Apelantes Cia Novosul, Ind. Com. e Adm., 4º Apelante, apelados, os mesmos - 8 de novembro, 1973.¹⁶⁶

Verificou-se, portanto, que "se o autor ou autores estão em um círculo de pessoas que poderiam causar o dano, são eles considerados como responsáveis de forma solidária perante a vítima."¹⁶⁷ No entanto, a decisão foi reformada pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁶¹ GIUSTINA, 1991, p. 127-128

¹⁶² Ibid, 128-130

¹⁶³ Ibid, p.129

¹⁶⁴ BRASIL. Lei nº 3071, de 1916. Código Civil.

Art. 904. O credor tem direito a exigir e receber de um ou alguns dos devedores, parcial, ou totalmente, a dívida comum.

No primeiro caso, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

¹⁶⁵ GIUSTINA, 1991, p.129

¹⁶⁶ Ibid, p. 129

¹⁶⁷ Ibid, p. 130

Cumpra informar, ainda, que a decisão da Corte Suprema não foi unânime, tendo o Ministro Cunha Peixoto proferido voto vencido acordando com a decisão do tribunal estadual.

Exprime-se do voto vencido que "no caso *sub judice* dada a inexistência do consentimento dos vendedores na cessão do contrato, o ato é atribuído a todos. Daí a solidariedade."¹⁶⁸ Ainda, o douto Ministro demonstra que a doutrina e jurisprudência estrangeiras tem se orientado no sentido da responsabilização do grupo.

Contudo, os votos vencedores dos Ministros Antônio Neder e Rodrigues Alkmin entenderam que esse entendimento violaria os artigos 1518¹⁶⁹ e 904 do Código Civil de 1916. Compreendem os julgadores que a solidariedade ocorre se tiver mais de um autor causador do dano, no entanto, no caso apresentado isso não ocorre, não havendo justificativa para a solidariedade requerida. Informam que "aqui, sequer se apurou quem fez derrubar pinheiros em excesso e quantos se fez derrubar. (...) Pela dificuldade em identificar o autor do dano, a solidariedade não se dá".¹⁷⁰

Conforme se aduz do resultado proferido pela corte suprema, preteriu-se a indenização da vítima, sob o fundamento da não existência de coautoria. A corte nesta ocasião não acolheu a tese da causalidade alternativa, filiando-se a corrente de que cabe ao autor a prova da autoria do dano, mesmo nos casos em que este fique acobertado sob o manto do anonimato por agir em um determinado grupo.

Apesar disto, considerando que o ocorrido deu-se na década de setenta, o judiciário gaúcho bem como o Ministro Cunha Peixoto já se alinhavam desde aquela época as doutrinas progressistas da responsabilidade civil, preferindo a reparação da vítima à proteção do grupo envolvido no caso concreto.

3.2 Caso dos caçadores

¹⁶⁸ Ibid, p. 131

¹⁶⁹ BRASIL, 1916.

Art. 1.518. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outros ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis como autores os cúmplices e as pessoas designadas do artigo 1.521.

¹⁷⁰ GIUSTINA, 1991, p. 132-133

O autor da demanda que será debatida encontrava-se na 1ª Festa de Vindina, em Flores da Cunha no Rio Grande do Sul, e assistia a um desfile de carros alegóricos. Um desses carros era denominado "Os Caçadores", pois homenageava os praticantes da caça, sendo que os integrantes do carro carregavam apetrechos de caça, entre eles espingardas. No decorrer do desfile dispararam tiros de festim, nos quais ao invés de chumbo, usavam confete.

O autor da demanda que assistia o desfile em uma sacada foi atingido por um tiro real, com chumbo e confete, provocando-lhe lesões graves no rosto e no tórax. O resultado das lesões foi a perda do olho direito somado a incrustações no pulmão, que geraram graves consequências à saúde da vítima. Não foi identificado, contudo, quem seria o causador das lesões, ou seja, de qual arma saiu o tiro que continha chumbo.¹⁷¹

Ao chegar ao Poder Judiciário, em primeiro grau, o caso foi julgado improcedente na esfera cível e os réus foram absolvidos no juízo criminal, visto que o verdadeiro autor não foi identificado. O juiz entendeu que não seria hipótese de solidariedade, devido a existência de dúvida quanto a autoria do disparo que continha chumbo. Concluiu, ainda, que mesmo que essa não identificação fosse consequência do silêncio do grupo a hipótese de solidariedade deveria ser afastada.¹⁷²

No Tribunal de Justiça a decisão foi reformada, possuindo a seguinte ementa:

Responsabilidade Civil. É solidária a responsabilidade, muito embora só um tenha sido o causador do dano, se o fato decorreu da falta do dever de vigilância, na guarda de coisa perigosa e que a todos competia zelar... Sentença reformada, par julgar procedente a ação. Decisão unânime.¹⁷³

Ademais, extrai-se do corpo da decisão do desembargador relator Oscar Gomes Nunes que todos os caçadores possuíam o dever de guarda das armas ou dos cartuchos, sendo que todos falharam tendo em vista o ocorrido e "só isso bastaria para que, solidariamente, respondessem pelo pagamento da indenização."¹⁷⁴ Veja-se:

A responsabilidade solidária dos réus, se por outros motivos não se impusesse decorreria, no mínimo, da falta do cumprimento do dever de guarda da coisa.

¹⁷¹ Ibid, p. 65-66

¹⁷² Ibid, p. 134

¹⁷³ Ibid, p. 134

¹⁷⁴ Ibid, p. 135

É inafastável eis que evidenciada pela própria ocorrência que no carro havia espingardas, ou cartuchos com carga real, que deveriam ser utilizados, no momento da largada dos pombos.¹⁷⁵

Percebe-se que a decisão ignorou a real autoria do disparo, no entanto cumpre lembrar que essa pessoa pertencia a um grupo restrito de pessoas que poderiam ter causado o dano. Através da presunção da causalidade dos agentes, obteve-se como efeito prático a responsabilização solidária dos potenciais agentes.

Nota-se, todavia, que em comparação com o primeiro caso apresentado – o caso dos pinheiros – a fundamentação altera-se. Isso pois neste caso a responsabilização solidária é baseada na falha do dever de guarda coletiva do bem enquanto a decisão do Tribunal estadual no caso anterior se dava em razão do desconhecimento da autoria.

Logo, aproveitando-se das teses observadas no capítulo anterior, nota-se que houve um claro aumento nos riscos naturalmente esperados por um transeunte que observava a realização do desfile. Tal fato deveu-se a falha dos indivíduos ao transportarem armas carregadas em meio a várias pessoas.

3.3 Caso dos torcedores

Conforme narrado na inicial deste processo, no dia 25 de dezembro de 1983, no campo da Sociedade Esportiva União, em Teutônia - RS, um grupo de pessoas armadas com pedaços de madeira de um moirão desferiram golpes contra Nilo da Costa Jacinto, com violência injustificada, atingindo-o na região craniana, vindo a falecer.

A viúva e os filhos da vítima ficaram com a pensão previdenciária abaixo do valor recebido pelo *de cujus* quando vivo. Portanto, além do sofrimento com a perda do ente querido tiveram que suportar uma redução do rendimento familiar. Assim, acionaram a justiça para requerer contra o grupo que desferiu os golpes em seu marido um pensionamento mensal com base nos rendimentos de Nilo.

Em primeiro grau a ação foi julgada procedente, condenando os réus solidariamente, a pagar a quantia de um salário mínimo do momento da morte de Nilo até a

¹⁷⁵ Ibid, p. 135

viúva completar 65 anos. Os réus recorram da decisão. O Tribunal de Justiça negou provimento à apelação, nos seguintes termos:

ABSOLVICAÇÃO PELO JURI E RESPONSABILIDADE CIVIL. DESCOMPASSO ENTRE AS NORMAS DO ART-1525 DO C. CIVIL E DOS ARTIGOS 386 E 66 DO COD. DE PROC. PENAL. AUSÊNCIA, NA CASUÍSTICA LEGAL DOS MOTIVOS DE ABSOLVICAÇÃO (CPP, ART-386), DA HIPÓTESE DE CABAL VERIFICAÇÃO DE NÃO HAVER O REU CONTRIBUÍDO PARA O EVENTO LESIVO, PREVISTA APENAS A DE INEXISTÊNCIA DE PROVA DESSA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA, POR IGUAL, DE REFERÊNCIA A NEGATIVA DE AUTORIA NO ART-66 DO CPP. CONCLUSÃO PELA PARCIAL DERROGAÇÃO, POR LEI MAIS NOVA (CPP), DO DIS-POSTO NO ART-1525 DO C-CIVIL. PECULIARIDADES DO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JURI, IMPOTENTE PARA MODIFICAR O REGIME DA PREJUDICIALIDADE INTERJURISDICIONAL. DIVERSIDADE DE CRITÉRIOS DE APURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL E DA CIVIL, NO ATINENTE A CAUSALIDADE. "CAUSALIDADE ALTERNATIVA". FORMA SUPOSTA DE CAUSALIDADE, INADMISSÍVEL PARA EFEITOS PENALIS MAS SUFICIENTE PARA A FIXAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. FALTA DE PROVA SUFICIENTE DE HAVER QUALQUER DOS DEMANDADOS, INDIVIDUALMENTE, GOLPEADO A VÍTIMA DE MODO A CONCORRER EFETIVAMENTE PARA CAUSAR-LHE A MORTE, FUNDAMENTO DA ABSOLVICAÇÃO CRIMINAL, SEM FORÇA, ENTRETANTO, PARA AFASTAR A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL, A CUJA CONFIGURAÇÃO BASTA A PROVA DE INTEGRAREM OS REUS O GRUPO PARTICIPANTE DA BRIGA DURANTE A QUAL TAIS GOLPES FORAM DESFERIDOS. LÍCOES DOUTRINÁRIAS E PROCEDENTES PRETORIANOS. PROVA. DEMONSTRAÇÃO TESTEMUNHAL SUFICIENTE DESSE PRESSUPOSTO DE PARTICIPAÇÃO, AINDA QUE INSUFICIENTE PARA DESLINDAR A EXATA FORMA E EXTENSÃO DA COTA COM QUE CADA QUAL DOS REUS CONCORREU PARA O RESULTADO LESIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA NO SIMPLES INDEFERIMENTO DE INQUIRICAÇÃO DE PESSOAS REFERIDAS, CUJA OITIVA O JUIZ NÃO CONSIDEROU NECESSÁRIA AO SEU CONVENCIMENTO. DIREITO SUBJETIVO PROCESSUAL A INQUIRICAÇÃO LIMITADO AO ROL DE TESTEMUNHAS NUMERÁRIAS; MERA FACULDADE JUDICIAL A DE OUVIR TAMBÉM AS REFERIDAS. APELAÇÃO IMPROVIDA, REJEITADA A PRELIMINAR¹⁷⁶

Irresignados com a decisão os demandados interpuseram Recurso Especial. Em seu voto o Ministro relator Aldir Passarinho Junior aduz que a subordinação do juízo cível ao criminal merece interpretação restritiva, visto que nem todos os motivos para absolvição penal levam a não responsabilização cível. No caso em discussão, os demandados foram absolvidos no juízo criminal em razão de falta de prova quanto à autoria, o que não significa que o ato não tenha sido praticado e seja suscetível de responsabilização cível. Verificou-se o fato e a ilicitude deste facilmente, visto que a vítima foi morta a golpes de madeira. Assim, o recurso não foi conhecido. Ademais, o acórdão foi, assim, ementado:

¹⁷⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC nº 591047451, da Sexta Câmara Cível. Relator: Adroaldo Furtado Fabrício. Porto Alegre, 10 de dezembro de 1991.

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MORTE DE TORCEDOR APÓS PARTIDA DE FUTEBOL POR GRUPO DO TIME RIVAL. ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DO JURI. EFEITO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL. INEXISTÊNCIA MATERIAL DO FATO. ARTS. 1.525 DO CC E 66 E 386 DO CPP.

INCOMPATIBILIDADE PARCIAL.

I. Nem todas as hipóteses de absolvição no Tribunal do Júri levam à aplicação das exceções previstas no art. 1.525 do Código Civil quanto à impossibilidade de apuração da existência do fato ou da sua autoria, em face da ressalva constante do art. 66 do CPP, norma mais moderna e prevalente.

II. Assim, se não firmada, categoricamente, a inexistência material do fato – e aqui ele ocorreu – permite-se a investigação no cível da ocorrência de dolo ou culpa que levaram à prática do ilícito gerador da obrigação de indenizar.

III. Caso em que a prova dos autos, como reconhecido pelas instâncias ordinárias – em 1º grau até antes da decisão criminal – mostra a participação dos réus na agressão a um grupo rival de torcedores que levou à morte do esposo e pai dos autores, após partida de futebol. Demonstrada a existência material do fato na esfera criminal e a ilicitude do comportamento, no âmbito civil, procede o pedido indenizatório relativamente aos responsáveis.

IV. Recurso especial não conhecido.¹⁷⁷

Decorre-se do julgamento colegiado, tanto do Tribunal de Justiça quanto do Superior Tribunal de Justiça, que a teoria da causalidade alternativa foi aplicada. Ao afastar a sentença criminal por ausência da prova de autoria o juízo cível concluiu desnecessária a prova do ato individual que causou o resultado morte. Ou seja, no caso em tela, ocorreu a inversão do ônus da causalidade ao grupo condenado.

Nota-se, neste caso, uma distinção acerca dos dois primeiros. Nos casos anteriormente tratados a causalidade foi pressuposta, com razões de decidir distintas, mas apenas um integrante do grupo – especialmente no caso dos caçadores – que cometeu o ato ilícito. Enquanto neste caso, apesar de desconhecer o autor da lesão mortal, os integrantes do grupo agiram de modo ilícito, envolvendo-se em uma briga generalizada. Todavia, infere-se que a presunção de causalidade foi utilizada, tanto é, que o grupo foi responsabilizado.

3.4 Novos casos

¹⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 26975 - RS (59104745), da Quarta Turma. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 18 de dezembro de 2001.

Atualmente, ainda que não se trabalhe com jurisprudência extensa sobre o assunto, novos casos já são abordados nos tribunais. Muito disso liga-se ao fato de que “uma das aplicações mais ricas da causalidade alternativa se situa nos danos de massa”.¹⁷⁸

De início, esclarece-se que dentre os tribunais estudados o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi o que mais apresentou decisões embasadas na teoria supra explicitada, sendo que o problema reside no acesso ao conteúdo dos acórdãos por tratarem-se de casos antigos. Cumpre verificar uma das ementas da década de noventa:

CAUSALIDADE ALTERNATIVA. MESMO QUE NÃO SE SAIBA QUEM FOI O AUTOR DO DANO, SE HÁ VÁRIOS INDIVÍDUOS QUE PODERIAM SER, TODOS ESTÃO OBRIGADOS A INDENIZAR SOLIDARIAMENTE. CULPA. À VÍTIMA, A QUEM NÃO SE PODE ATRIBUIR QUALQUER CULPA PELO ACIDENTE, NÃO SE PODE EXIGIR QUE DESCREVA E PROVE MINUCIOSAMENTE A CULPA DE CADA UM DOS MOTORISTAS. TEORIA DA CAUSALIDADE ALTERNATIVA. DANO MATERIAL. FUNDA-SE NO DIREITO DO SER HUMANO A INTEGRALIDADE FÍSICA. A REFERÊNCIA A VALORES PERTINENTES À CAPACIDADE LABORATIVA, DIZ APENAS COM UMA DAS FORMAS DE FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. NÃO SE CONFUNDE COM DANO PSÍQUICO, ESTÉTICO, PSÍQUICO OU MATERIAL. (Apelação Cível Nº 195116827, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 23/11/1995)¹⁷⁹

Acertada a decisão do tribunal gaúcho, tendo este aderido a corrente que visa inverter o ônus probatório do nexo de causalidade aos requeridos, tendo em vista a necessidade de reparação do dano sofrido pela vítima e na dificuldade desta em provar minuciosamente a relação dos demandados com a lesão.

Além deste caso, nota-se que os exemplos mais recentes são os relacionados aos danos de massa e ao Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, é verificado o caso trabalhado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, possuindo a seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS DECORRENTES DE DESLIZAMENTOS DE TERRA SUPOSTAMENTE OCASIONADOS POR EXPLOÇÃO DO GASODUTO BOLÍVIA-BRASIL. COMPROVAÇÃO DO DANO. NEXO CAUSAL. PRESUNÇÃO DE CAUSALIDADE OU CONCAUSALIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA QUE EXIMA A RESPONSABILIDADE DA EMPRESA AGRAVADA. ÔNUS INVERTIDO EM FAVOR DOS AUTORES. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 273 DO CPC. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE

¹⁷⁸ GIUSTINA, 1991, p. 136

¹⁷⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 195116827. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 23 nov. 1995.

DIFÍCIL REPARAÇÃO. RISCO DE IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA MAIS GRAVE AO AUTOR. DEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA GARANTIR O MÍNIMO EXISTENCIAL (HABITAÇÃO E SUSTENTO) AOS AUTORES/AGRAVANTES. FIXAÇÃO, ENTRETANTO, QUE DEVE SER RELEGADA AO JUÍZO DE ORIGEM, PORQUANTO AUSENTES NO AGRAVO OS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO QUE POSSAM CONFERIR A CERTEZA QUANTO AO JUSTO MONTANTE A EXPECTATIVA FAMILIAR. RECURSO PROVIDO.¹⁸⁰

O caso envolveu um acidente, com perdas humanas e patrimoniais, potencialmente causados por fortes chuvas que abateram a região do Vale do Itajaí. Tal fato ocorreu por conta de um vazamento, e consequente explosão do duto de gás que passa pelas proximidades da área afetada, gasoduto administrado pela empresa TBG.

O dano, neste caso, existiu, e o tribunal entendeu que seria aplicável ao caso a presunção do nexo causal pelo fato da empresa recusar-se a produzir provas do ocorrido. Acrescentou-se que “enquanto não antecipa ou demonstra vontade de se eximir de toda e qualquer responsabilidade, pesa sobre os seus ombros a presunção da causalidade ou da concausalidade, igualmente caracterizadora da responsabilidade civil, própria ou solidária.”¹⁸¹ E continua:

não importa se uma causa complementar está mais próxima ou outra mais distante do resultado danoso ou se foram praticadas ao mesmo tempo. [...]. A responsabilização solidária deve também ser a solução para os casos de causalidade alternativa, porém, não com fundamento estrito na solidariedade obrigacional, mas sim com lastro em princípios como o da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da reparação integral e da boa-fé objetiva - este último princípio a demandar a observância de condutas positivas para evitar ou reduzir o risco de dano.¹⁸²

Conforme colhe-se do julgado, a aplicação da teoria da causalidade alternativa ocorreu de forma equivocada. Não existe nem um grupo envolvido na potencial da causação do dano, apenas uma empresa, que deixou de produzir provas na fase instrutória do processo. Ademais, fundamentar-se tal presunção no princípio da dignidade humana é extremamente questionável, isto tendo em mente o surgimento de tal princípio como forma de limitação do poder estatal no pós-guerra.

¹⁸⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2013.054509-2. Relator: Cesar Abreu. Florianópolis, 15 abr. 2014.

¹⁸¹ Ibid

¹⁸² Ibid

Do mesmo tribunal retira-se, também, um caso de direito do consumidor. Neste caso, o autor da demanda conta que produz chocolates decorados, tendo adquirido por longo tempo insumos fabricados pela ré Garoto, dentre eles os bombons de nome "Surreal".

No ano de 2000, contudo, após as festividades da Páscoa recebeu diversas reclamações de clientes em decorrência de larvas de inseto encontradas nos aludidos bombons. Fato esse que teria manchado a imagem do autor que buscava além dos danos materiais, os danos morais.

Em sentença decidiu-se pela procedência parcial do pedido inicial. Na fundamentação o juiz determinou a aplicabilidade do CDC ao caso, bem como reconhecer a responsabilidade civil da ré, determinou a indenização por danos morais. Por outro lado, deixou de impor condenação por danos materiais à ponderação de que não restaram comprovados nos autos. Arrematando, determinou que fossem oficiadas a Junta Comercial, autoridades fazendárias e sanitárias, sobre possível irregularidades na empresa autora.

Ambas as partes recorreram da decisão. Chegando ao tribunal demonstrou-se que o substrato fático que atrai a incidência do dever de indenizar é constituído por quatro elementos: conduta antijurídica, nexos de imputação (seja pela culpa, seja pelo risco), nexos de causalidade e dano.

No caso, foram encontradas larvas de insetos dentro dos bombons do tipo "Surreal", consoante exposto pelo laudo pericial da Universidade Federal de Santa Catarina, que teve por objeto amostragem de 6 unidades do produto fechadas e uma aberta, fato a tornar os produtos em desacordo com estipulado em regramentos próprios ao consumo de alimentos.

Contudo, conforme se verifica da decisão "não há que se discutir a existência do fato antijurídico, mormente porque não abalada por qualquer elemento probatório em sentido contrário trazido pela ré." Por fim, discute-se acerca do nexos de imputação, já que a requerida assevera que não há prova da autoria do dano causado e que para a identificação do verdadeiro autor do dano seria fundamental que se efetuasse o rastreamento de todos os locais onde o produto tenha ficado desde a sua fabricação.

Decidindo, portanto, o colegiado na aplicação do Código de Defesa do Consumidor "todos os fornecedores que ajudam a introduzir o produto no mercado podem ser potencialmente responsabilizados (é o caso do comerciante na hipótese do artigo 13)"¹⁸³.

¹⁸³ SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2007.054992-9. Relator: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Florianópolis, 2008. Grifei.

Assim, nos termos da decisão em análise "perante o consumidor o que vigora é a chamada causalidade alternativa, em que se imputa a todo um grupo de fornecedores uma atividade lícita grupal"¹⁸⁴. Por fim, a decisão restou ementada da seguinte forma:

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AQUISIÇÃO DE BOMBONS CONTAMINADOS COM LARVAS DE INSETOS. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, APESAR DE A AUTORA AINDA REPASSAR A TERCEIROS OS PRODUTOS EM QUESTÃO. APLICAÇÃO DA TEORIA MAXIMALISTA. A partir de uma interpretação teleológica da expressão "consumidor final" contida no art. 2º do CDC, chega-se à conclusão de que esta lei alcança também alguns profissionais que, embora qualificados como consumidores intermediários, apresentam-se em flagrante estado de vulnerabilidade numa determinada e específica relação contratual (REsp n. 541.867, Relator p/ o Acórdão Min. Barros Monteiro, DJ 16/05/2005). Esta é a situação dos autos, que materializa ação de responsabilidade civil proposta por pequeno comerciante em face de vultosa empresa de fabricação de chocolates, fulcrada na aquisição de produtos contaminados por larvas de insetos. **AUSÊNCIA DE ENQUADRAMENTO DO PLEITO SOB À ÓTICA DO DIGESTO CONSUMERISTA NA PETIÇÃO INICIAL. IRRELEVÂNCIA. DETERMINAÇÃO DA NORMA APLICÁVEL A CARGO DO JUIZ, A QUEM BASTA NARRATIVA DOS FATOS. JULGAMENTO EXTRA PETITA INOCORRENTE.** A tipificação dos fatos pelo autor é irrelevante, pois se ele categorizou mal, do ponto de vista do direito, os fatos que narrou, pouco importa, pois o juiz conhece o direito e deve categorizá-los com acerto. E se os fatos, incorretamente categorizados, autorizam o pedido que foi feito, nenhum prejuízo pode decorrer para o autor do deslize técnico de seu advogado. Inversamente, se categorizou bem e pediu mal, em nada lhe aproveita ter sido exato na categorização dos fatos, pois que o juiz está adstrito ao pedido formulado, sem poder corrigi-lo de ofício (PASSOS, J. J. Calmon dos. Comentários ao Código de Processo Civil, V. III. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.998, p. 159/160). **PRESSUPOSTOS À IMPUTAÇÃO INDENIZATÓRIA NA ESPÉCIE. ART. 12 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR. EXCLUDENTES. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. PROVA AUSENTE. EVENTUAL DÚVIDA QUANTO A ORIGEM DO DANO EM MEIO AOS COMPONENTES PRETÉRITOS DA CADEIA. IRRELEVÂNCIA. QUESTÃO A SER DIRIMIDA ENTRE ESSES A POSTERIORI. RESSARCIMENTO DEVIDO.** Consagra a responsabilidade civil regida pelos arts. 12 e 18 do CDC a ausência do pressuposto culpa do fabricante, produtor, construtor ou importador, como condição ao ressarcimento por dano, bem como prevê a norma a solidariedade entre os componentes da cadeia de fornecedores, assim respondendo todos pelos problemas observados, depois podendo discutir entre si quem efetivamente causou o vício ou defeito. Exclui a imputação apenas a culpa exclusiva da vítima pelo evento, mas essa não foi provada a contento no caso, devendo assim o acionado, o fabricante, arcar com o ressarcimento, depois podendo demandar eventuais responsáveis solidários em ação autônoma. **DANOS MATERIAIS. LUCROS CESSANTES. AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA CAPAZ DE INDICAR A EFETIVA REDUÇÃO DOS GANHOS. ART. 333, I DO CPC. PLEITO RECHAÇADO.** Os lucros cessantes, devendo corresponder àquilo que o credor razoavelmente deixou de lucrar, não se presumem, devendo àquele que alega lesão a seu patrimônio demonstrar, de forma convincente, a frustração do lucro que teria auferido não fosse o advento do fato danoso. (Apelação Cível nr. 97.007316-0, de Urubici, Rel. Des. Nilton Macedo Machado) **DANOS MORAIS. SÚMULA 227 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO À PESSOA JURÍDICA. PREJUÍZO À REPUTAÇÃO DECORRENTE DO CONTÁGIO DOS PRODUTOS**

¹⁸⁴ Ibid.

COMERCIALIZADOS, ADEMAIS, CLARO NA SITUAÇÃO EM TELA. QUANTUM INDENIZATÓRIO, TODAVIA, MINORADO. Indubitável que a pessoa jurídica está sujeita a abalo moral em face da ocorrência de fato hábil a trazer péssimas repercussões ao seu renome e respeito do público, assunto, aliás, já pacificado pela Súmula n. 227 do Superior Tribunal de Justiça, rígida ao estipular que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Outrossim, não há como negá-lo no caso vertente, porquanto confirmada a presença das larvas de insetos nos produtos comercializados, sentindo os consumidores, em razão disso, asco e aversão às mercadorias, fato que indiscutivelmente mancha o nome e a reputação da sociedade demandante perante toda a sua clientela. Ponderada, porém, a intensidade da culpa, bem como as condições econômicas e sociais das partes envolvidas, reputa-se alto o montante reparatório fixado, impondo-se redução. CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE O QUANTUM INDENIZATÓRIO. DIES A QUO. CITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MODIFICAÇÃO. TERMO INICIAL. ESTIPULAÇÃO DA VERBA IN CASU NO ACÓRDÃO. A correção monetária da indenização do dano moral inicia a partir da data do respectivo arbitramento; a retroação à data do ajuizamento da demanda implicaria corrigir o que já está atualizado. (STJ, 3ª Turma, EDRESP 194625 / SP, Relator Min. Ari Pargendler, J. 24.6.2002) JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. DATA DO EVENTO DANOSO. SÚMULA 54 DO STJ. FIXAÇÃO DO ENCARGO A CONTAR DA CITAÇÃO. PRETENSÃO À MODIFICAÇÃO PARA DATA POSTERIOR. INVIABILIDADE. ACERTAMENTO, EX OFFICIO, DO TERMO A QUO QUE NÃO REPRESENTA REFORMATIO IN PEJUS. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PERCENTUAL, OUTROSSIM, REDUZIDO A 0,5% AO MÊS, NO PERÍODO DE FLUÊNCIA ANTERIOR AO ADVENTO DO CC/2002. HONORÁRIOS EM FAVOR DO ADVOGADO DA AUTORA FIXADOS À RAZÃO DE 10% DA CONDENAÇÃO. PARÂMETROS DO ART. 20, § 3 DO CPC. MAJORAÇÃO CABÍVEL PARA 15% NO CASO EM TELA.¹⁸⁵

Denota-se, portanto, que o caso em tela aduz a causalidade alternativa como sinônimo da solidariedade estabelecida no Código de Defesa do Consumidor.

Do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, analisa-se um caso de responsabilidade civil por coisa lançada de condomínio. Cumpre, portanto, ao analisar o caso apresentado pelo Superior Tribunal de Justiça verificar a responsabilidade de coisa lançada de condomínio. O caso chegou ao tribunal da cidadania sob o argumento de que o condomínio não deve responder por dano causado por morador não identificado.

Verifica-se que o acórdão recorrido fundamenta-se no artigo 1529 do Código Civil de 1916¹⁸⁶ que impõe aos moradores o dever de compor o dano das coisas que da sua morada caiam. Nesse sentido, a interpretação do dispositivo foi aplicada a todos os moradores do condomínio. Ademais, o Tribunal estadual de origem - Rio de Janeiro - já havia se posicionado nesse sentido em decisões anteriores.

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ BRASIL. 1916. Art. 1.529. Aquele que habitar uma casa, ou parte dela responde, pelo dano proveniente das coisas, que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido

Entendeu o relator, que o acórdão estadual não fez outra coisa senão acolher o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema de danos decorrentes de lançamento ou queda de objetos que atinjam transeuntes passantes pelo local.

As razões do douto julgador são duas. Em primeiro lugar pela dificuldade probatória da identificação exata do ponto de onde parte a conduta lesiva, impossibilitando, assim a reparação do dano à vítima. E, também,

impõe-se ter em vista que o zelo permanente da comunidade condomial no sentido de impedir, evitar ou desencorajar semelhantes ocorrências é o que se há de exigir do próprio condomínio, cujos moradores (como é o caso dos autos), recolhendo as vantagens de localização de sua residência ou escritório, não podem eximir-se à responsabilidade reparatória por eventos como o de que tratam os autos.¹⁸⁷

Ademais, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar em seu Voto Vogal se manifestou aduzindo que essa solução evidencia uma mudança significativa no modo da responsabilidade civil ser analisada, visto que deixa-se de lado o ato ilícito para olhar para o dano injusto. Na verdade, o que ocorreu foi a presunção do nexos causal para então gerar a solidariedade entre os condôminos. Nesse sentido, ainda cumpre registrar que, neste caso, não foi atribuída a responsabilidade a todo condomínio, sendo responsabilizados apenas os titulares dos apartamentos de onde poderia ter caído ou sido lançado o objeto que atingiu a vítima. Aceitou-se, portanto, o princípio da exclusão daqueles que não poderiam ter gerado o dano.

O Acórdão, por fim, foi lavrado com a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. OBJETOS LANÇADOS DA JANELA DE EDIFÍCIOS. A REPARAÇÃO DOS DANOS É RESPONSABILIDADE DO CONDOMÍNIO.

A impossibilidade de identificação do exato ponto de onde parte a conduta lesiva, impõe ao condomínio arcar com a responsabilidade reparatória por danos causados à terceiros. Inteligência do art. 1.529, do Código Civil Brasileiro.

Recurso não conhecido.

(REsp 64.682/RJ, Rel. Ministro BUENO DE SOUZA, QUARTA TURMA, julgado em 10/11/1998, DJ 29/03/1999, p. 180)¹⁸⁸

Portanto, verifica-se do caso exposto que ocorreu uma mistura entre *actio effusis et deiectis* e causalidade alternativa, sendo que o colegiado configurou que o grupo de moradores que morava em determinada posição do condomínio deveria ser responsabilizado.

¹⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 64682-RJ. Relator: Ministro Bueno de Souza.

¹⁸⁸ Ibid.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro capítulo notou-se que a definição de nexo de causalidade pode ser definida como um elo entre o comportamento e o evento, o liame que leva do dano até ao fato gerador. Existe uma clara dificuldade na identificação do nexo causal, surgindo então inúmeras teorias que visam solucionar tal problema. Estas teorias não podem ser consideradas fórmulas prontas, estáticas, já que a análise do nexo causal é caracterizada por ser subjetiva, variando em determinado momento histórico, assim como aos olhos de determinado julgador. Ainda, cabe destacar a importância da teoria da causalidade adequada no ordenamento brasileiro, e a flexibilização do artigo 403 do Código Civil.

Ademais, acrescenta-se dificuldade à análise do caso concreto quando este possui diversos fatos ou causadores que participaram da lesão. Sendo que a que nos interessa é aquela que envolve duas ou mais pessoas, sem que seja possível determinar-se a autoria do ato lesivo, seja ele perpetrado por um ou mais indivíduos. Em tal situação que se aplica a causalidade alternativa, sendo a doutrina brasileira vaga quanto aos seus requisitos, limitando-se, em linhas gerais, a analisar os resultados práticos da aplicação da teoria.

O segundo capítulo demonstrou que a discussão nos ordenamentos estrangeiros sobre o assunto ocorre há mais tempo e com mais profundidade do que no Brasil. No direito francês, pode-se notar uma clara preocupação com a presença do elemento culpa para a atribuição da responsabilidade, fundamentada por um temor totalitarista por parte do Estado. Insta ressaltar que este apontamento pode ser um equívoco da tradução do termo *faute*.

Ainda, cabe destacar o ponto 14 do *rapport de information* do Senado Francês, expressando preocupação com as delimitações e consequências da aplicação da presunção de causalidade frente a outros direitos.

Já no direito alemão, mesmo com a positivação da responsabilização do grupo pelos danos causados por um membro indeterminado, a discussão não ocorreu de maneira inferior. O que de fato se nota é a especificidade das divergências, limitando-se quanto aos limites da aplicação do dispositivo, bem como da definição do conceito de grupo.

Da análise do direito espanhol, destacam-se os apontamentos do jurista De Angel Yagüez, ao localizar o nexo de causalidade do grupo como um todo relativamente ao dano,

não se limitando à ligação somente do agente anônimo e a lesão. Desta feita, fundamentando a solidariedade do grupo não somente na dificuldade da realização da prova por parte da vítima.

O direito português reforça teses já abordadas em outros ordenamentos. Imperioso notar o claro paralelo entre as evoluções da discussão, assim como ocorreu aqui no Brasil, apoiada em uma releitura dos fins da Responsabilidade Civil nos tempos modernos, com a priorização da reparação integral do dano.

Isto posto, no último capítulo, da análise dos julgados brasileiros, retiramos que dos poucos casos que abordaram com certa profundidade a matéria, é extremamente dificultoso encontrar um consenso. Dito isso, torna-se uma tarefa bastante dificultosa identificar os fundamentos exigidos no direito brasileiro para a aplicação da teoria. Sendo possível apenas delimitar os critérios básicos comuns a todos os ordenamentos trabalhados: a existência de um grupo, o desconhecimento quanto à verdadeira autoria do dano. Tal fato parece apenas ser um desenvolvimento de um problema que se encontra já na definição e apuração do nexo de causalidade.

Desta forma, pode-se concluir que a aplicação da teoria da causalidade alternativa no Brasil precisa de rumos mais claros para evitar que ela se torne um verdadeiro “coringa jurídico” dentre os argumentos dos magistrados, tal qual a acima vista desvirtuação do princípio da dignidade humana por alguns julgadores. O desenvolvimento de uma legislação específica acerca da matéria traria benesses para os jurisdicionados, desde que ela estabeleça os critérios básicos para a aplicação da teoria.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA, Bürgerliches Gesetzbuch, de 18 de agosto de 1896. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>>. Acesso em 13 mai. 2015.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 13 mai. 2015.
- _____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 13 mai. 2015.
- _____. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor, Brasília <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 13 mai. 2015.
- _____. Lei nº 3071, de 1916. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 mai. 2015.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 26975 - RS (59104745), da Quarta Turma. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 18 de dezembro de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=26975&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 20 mai. 2015
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 64682-RJ. Relator: Ministro Bueno de Souza. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=64682&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 25 mai. 2015.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 588 p.
- ESPANHA, Decreto Real, de 24 de julho de 1889. Código Civil. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>>. Acesso em: 23 de mai. de 2015.
- FACHIN, Luiz Edson. O nexo de causalidade como pilar essencial da responsabilidade civil. Soluções práticas - Fachin, v. 1, p. 339, jan. 2012.
- FRANÇA, Lei 1803-03-05, de 1803. Code Civil. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>. Acesso em: 15 mai. de 2015.
- _____. Rapport D'information nº 558, de 15 de janeiro de 2009. Paris, 132 p. Disponível em: <<http://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-5581.pdf>>. Acesso em: 27 de mai. 2015
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Eficácia causal virtual e a causalidade disjuntiva como fatores de erosão das teorias de nexo causal nas relações civis e de consumo. Revista de Direito do Consumidor, v. 93, p. 101, mai. 2014.
- GIUSTINA, Vasco Della. Responsabilidade Civil dos grupos. Rio de Janeiro: Aide, 1991. 170 p.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1084 p.

LAFUENTE, Virginia Múrtula. La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo. Madrid: Dykinson, 2005. 295 p.

MONTEIRO, Cassia Gomes da Silva. Responsabilidade Civil - Causalidade Alternativa. 2014. 49 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Porto, Porto, 2014.

NERY JR., Nelson. Indenização pelo uso do tabaco. Soluções práticas de Direito - Nelson Nery Junior, v. 6, p. 551, set. 2014.

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 754 p.

ORGANIZAÇÃO DIREITO RIO (Org.). Teoria geral da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Editora Fgv, 2008. 212 p.

PORTUGAL. Decreto-lei nº 47344, de 1966. Código Civil. Disponível em:

<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo;_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao;=&so;_miolo>. Acesso em: 15 mai. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 593008808. Relator: Alfredo Guilherme Englert. Porto Alegre, 01/04/1993. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields;=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date:D:S:d1&as;_qj=&site=ementario&as;_epq=&as;_oq=&as;_eq=&partialfields=n:593008808&as;_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 25 de mai. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 195116827. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 23 nov. 1995. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields;=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date:D:S:d1&as;_qj=&site=ementario&as;_epq=&as;_oq=&as;_eq=&partialfields=n:195116827&as;_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 25 de mai. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 596046680. Relator: Alfredo Guilherme Englert. Porto Alegre, 12 set. 1996. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields;=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date:D:S:d1&as;_qj=&site=ementario&as;_epq=&as;_oq=&as;_eq=&partialfields=n:596046680&as;_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 25 de mai. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC nº 591047451, da Sexta Câmara Cível. Relator: Adroaldo Furtado Fabrício. Porto Alegre, 10 de dezembro de 1991. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=591047451&num_processo=591047451&codEmenta=260056&temIntTeor=false>. Acesso em: 20 de mai. 2015.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto; PAULINO, Daniella Bernucci. O futuro da responsabilidade civil. *Análise do rapport d'information* nº. 558, submetido ao senado francês, e seus possíveis reflexos sobre o direito civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Nova Lima, n. 25, 2012, p. 405-418.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2013.054509-2. Relator: Cesar Abreu. Florianópolis, 15 abr. 2014. Disponível em:

<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=2013.054509-2&only;_ementa=&frase;=&id=AAAbmQAACAAGjsfAAL&categoria=acordao>. Acesso em: 25 de mai. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2007.054992-9. Relator: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Florianópolis, 2008. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=2007.054992-9&only;_ementa=&frase;=&id=AAAbmQAABAAC79eAAA&categoria=acordao>. Acesso em: 25 de mai. 2015

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2 ed. São Paulo, Atlas, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexso de causalidade. In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. II. 63-81 p.

_____. A causalidade nas ações de responsabilidade atribuídas ao hábito de fumar. Soluções práticas - Tepedino, vol. 1, p. 279, nov. 2011.